

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO LUCAS MIRANDA VERSIANI

**A EXPLORAÇÃO DE PORTOS PRIVADOS NA PERSPECTIVA DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS**

BRASÍLIA
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A EXPLORAÇÃO DE PORTOS PRIVADOS NA PERSPECTIVA DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
como requisito parcial à obtenção de grau de
Bacharel em Direito, sob orientação da Professora
Doutora Gabriela Garcia Batista Lima.

BRASÍLIA
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A EXPLORAÇÃO DE PORTOS PRIVADOS NA PERSPECTIVA DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Apresentada em 17 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Gabriela Garcia Batista Lima (UnB)

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado (UnB)

Professora Doutora Ana Cláudia Farranha (UnB)

A meus pais, revisores impecáveis.
A Suzane, fiel, companheira e dedicada.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é averiguar se a exploração de terminais portuários de uso privado, levada a cabo por particulares e cujo regime legal é estabelecido pela Lei 12.815/2013, preenche os requisitos de serviço público, sendo este concebido como aberto à concorrência. O primeiro capítulo aborda o surgimento da noção de serviço público na doutrina francesa, a evolução do conceito na legislação brasileira e sua formulação a partir do paradigma da liberalização dos serviços públicos. O segundo capítulo apresenta as características gerais da atividade portuária, a evolução histórica da legislação portuária no Brasil e o panorama legal segundo a Lei 12.815/2013. O terceiro e último capítulo explora a subsunção da atividade portuária como um todo à categoria de serviço público, para em seguida analisar se a exploração de terminais de uso privado se encaixa nessa categoria e por fim examinar se o uso da autorização como instrumento de outorga e de procedimento licitatório simplificado são obstáculos à classificação da exploração de terminais de uso privado como serviço público.

Palavras-chave:

Serviço público, atividade econômica, legislação portuária, terminais de uso privado, liberalização dos serviços públicos, autorização, concorrência, Lei 12.815/2013.

ABSTRACT

The objective of this study is to ascertain whether the operation of port terminals for private use, established by Law 12.815/2013, carried out by individuals, meets the requirements of public service conceived as open to competition. The first chapter discusses the emergence of the notion of public service in the French doctrine, the evolution of the concept in the Brazilian legislation and its formulation in the paradigm of public services liberalization. The second chapter presents the general characteristics of port activities, the historical development of the port sector in Brazil and the legal landscape under Law 12.815 / 2013. The third and final chapter explores the subsumption of port activity as a whole to the public service category, to then consider whether the operation of private use terminals falls into this category and finally examines whether the use of authorization and the use of simplified bidding process are obstacles to the classification of the operation of private use terminals as a public service.

Key words:

Public services, economic activities, port activities, public services, terminals for private use, liberalization, authorization, competition, Law 12,815/2013.

SUMÁRIO

Introdução	8
Capítulo 1 – Da formação do conceito de serviço público e de sua concepção a partir da consecução de direitos fundamentais	16
1.1. Da formação do conceito de serviço público a partir da doutrina francesa	16
1.2. Dos serviços públicos no Brasil	21
1.2.1. <i>Da perspectiva legal de serviços públicos</i>	21
1.2.2. <i>Da interpretação da noção de serviços públicos</i>	23
1.3. Da concepção de serviços públicos centrada na consecução dos direitos fundamentais	27
1.3.1. <i>Conceito de serviço público: ênfase na dimensão material</i>	28
1.3.2. <i>Liberalização dos serviços públicos</i>	30
1.3.3. <i>Conceito de serviço público: conclusão</i>	33
Capítulo 2 – O tratamento legal dos portos: características gerais, breve histórico da legislação no Brasil e seu estado atual segundo a Lei 12.815/2013	35
2.1 Características gerais dos portos	35
2.2 Da classificação dos portos segundo o nível de intervenção estatal	37
2.3 Breve histórico da legislação portuária no ordenamento jurídico brasileiro	38
2.4 Do estado atual da legislação portuária brasileira: a substituição dos terminais de uso privativo pelos terminais de uso privado	44
Capítulo 3 – Da exploração dos portos privados como serviço público	46
3.1 Da determinação da atividade portuária em geral como serviço público	46
3.2 Da classificação dos portos privados enquanto serviço público	47
3.3 Do uso da autorização como instrumento de outorga de serviços públicos e do uso de procedimento licitatório simplificado	49
3.4 Da classificação dos serviços públicos como atividade econômica	52
3.5 Consequências da classificação da exploração de portos privados como serviço público	54

Conclusão	58
Referências	61

INTRODUÇÃO

A atividade portuária é de importância crucial para a integração do país na economia global e para a atividade econômica de modo geral. No entanto, é possível que, com o seu tratamento jurídico atual, pela confusão conceitual da sua condição de ser ou não serviço público, pode não dar as condições adequadas a sua boa realização.

Portos, para o propósito desse estudo, serão entendidos como o local situado às margens marítimas, lacustres ou fluviais que, por suas condições naturais e humanas, possibilite o transporte organizado de mercadorias e pessoas (JUSTEN FILHO, 2006, p. 406). No que diz respeito à importância da atividade, basta ver que, em 2015, 98,6% do volume das exportações brasileiras foi feito por meio dos portos (BRASIL, 2016). O bom funcionamento da infraestrutura dos portos, portanto, é imprescindível para o crescimento de qualquer país costeiro. No caso do Brasil, país exportador e com uma quilometragem considerável de costa potencialmente explorável, esse quesito torna-se ainda mais premente.

Assim, se atividade portuária é das que mais influem na saúde econômica, especialmente de países costeiros, deve ser ressaltada a importância da intervenção estatal na economia na forma de planejamento. Embora o termo remeta às experiências históricas malsucedidas da economia planificada, o planejamento foi imprescindível para a recuperação de alguns dos países devastados pela Segunda Guerra Mundial, como França e China, bem como para o reestabelecimento da economia estadunidense pós-Crise de 29 (DALLARI BUCCI, 2013, p. 139-40). O planejamento, em verdade, tem servido muitas vezes de mecanismo para países antes periféricos quebrarem o círculo vicioso que impede que se atinjam níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico e social (DALLARI BUCCI, 2013, p. 140). Se bem utilizado, portanto, pode significar uma mudança de patamar para a economia na qual se intervém.

Não só isso, nas atividades portuárias há também interesses de segurança nacional em jogo, como, por exemplo, o controle das espécies vegetais que adentram o país, a questão do tráfico de drogas e de animais silvestres. Logo, não há como imaginar a atuação dos exploradores da atividade portuária sem a intervenção estatal, por menor que seja (VILLELA, 2013, p. 9).

Todavia, em que pese a importância da atividade portuária e a sua relação com as atividades estatais de fomento da economia, não está claro se o tratamento jurídico brasileiro atual dos portos lhe dá condições de desenvolvimento, sobretudo considerando a sua relação

com a realização de direitos fundamentais. (explicar essa relação com direitos fundamentais). Juridicamente, a questão é ainda mais incerta: a exploração de terminais de uso privado, segundo o regime da Lei 12.815/2013, pode ser classificada como serviço público? A importância de tal indagação é justamente na conexão das atividades portuárias e a realização de direitos fundamentais.

Além disso, a importância de se estudar essa relação está também no fato de que há consequências jurídicas importantes nessa conexão entre a exploração portuária e serviço público, como o dever do Poder Público de manter a qualidade da prestação dos serviços, a obrigação de não piora, e os deveres de universalização, continuidade e modicidade das tarefas.

Serviço público, segundo o texto constitucional, é a prestação de serviço por responsabilidade do Poder Público, sendo este responsável pela continuidade da prestação, podendo haver contraprestação do usuário na forma de tarifa (BRASIL, 1988, art. 175). Importante frisar que o conceito de serviço público é, por sua própria natureza, cambiante, e que não só vem mudando desde a sua formulação, como também muda de autor para autor, conforme as inclinações políticas e posições doutrinárias de cada um (CARVALHO FILHO, 2012, p. 319).

Doutrinariamente, há mais de uma posição: a amplíssima, segundo a qual é serviço público toda a atividade estatal, incluindo as atividades legislativa e jurisdicional; a ampla, que inclui nesse conceito toda a atividade administrativa; e a restrita, que contempla apenas parte das atividades administrativas (FREIRE, 2013, p. 197-9). Dentro dessa última corrente, há duas grandes correntes: a que considera como serviço público somente as atividades fruíveis singularmente por cada administrado (ou seja, somente os serviços *uti singuli*) e a que abarca também os serviços fruídos pela coletividade como um todo (ou seja, que contempla também os serviços *uti universi*) (FREIRE, 2013, p. 198).

A posição aqui adotada será a restrita, ou seja, a que define serviço público como parte da atividade administrativa e que não se confunde, portanto, com as atividades típicas de Estado (e.g., a jurisdicional e a legislativa); é o Estado, prestando, direta ou indiretamente, atividades econômicas que contribuem para o bem comum (ARAGÃO, 2007, p. 3). Não se pretende adentrar na polêmica sobre a pertinência dos serviços *uti universi*, visto que isso foge ao escopo do presente trabalho. O que se busca discutir são os critérios para determinar se uma atividade específica é serviço público, que podem ser o formal, o substantivo ou o material (FREIRE, 2013, p. 192-5).

O conceito de serviço público a ser utilizado pode ser resumido da seguinte maneira: serviços relativos aos direitos fundamentais da população cuja responsabilidade, e não competência exclusiva, é do Estado e que obedecem a um sistema específico de serviço público, e não necessariamente de direito público (SCHIRATO, 2013). São excluídas desse conceito, por óbvio, as atividades típicas de Estado, como a legislativa e a jurisdicional. Os serviços em questão são aqueles em que o usuário tem a característica de consumidor, não de beneficiário ou de súdito.

A atividade portuária é de importância crucial para a integração do país na economia global e para a atividade econômica de modo geral. Basta ver que, em 2015, 98,6% do volume das exportações brasileiras foi feito por meio dos portos (BRASIL, 2016). O bom funcionamento da infraestrutura dos portos, portanto, é imprescindível para o crescimento de qualquer país costeiro. No caso do Brasil, país exportador e com uma quilometragem considerável de costa potencialmente explorável, esse quesito torna-se ainda mais premente.

O que se busca responder nesse trabalho é a seguinte pergunta: a exploração de terminais de uso privado, segundo o regime da Lei 12.815/2013, pode ser classificada como serviço público? Para que se chegue à resposta, será perquirida primeiramente a origem do conceito de serviço público a partir da doutrina francesa, sua consequente recepção no Brasil e sua concepção baseada na asseguarção de direitos fundamentais. Depois, explorar-se-ão as características gerais da atividade portuária, a evolução da legislação portuária no Brasil, e o estado atual dessa legislação, segundo o regime da Lei 12.812/2013. Por fim, o capítulo final tentará dar uma resposta à pergunta inicial, primeiramente analisando se a atividade portuária em geral consiste em serviço público, para depois verificar se as características da atividade portuária são condizentes com a noção de serviço público elaborada; após, serão colacionados outros argumentos para que se defenda que a exploração de terminais de uso privado constitui, sim, serviço público, e por fim, serão dispostas as consequências dessa resposta.

No que diz respeito à exploração da atividade portuária, foi com o escopo de modernizar a infraestrutura portuária e atrair o capital privado que o legislador fez entrar em vigor a Medida Provisória (MP) nº 595/2012 (BRASIL, 2012), posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013a). Dentre as várias mudanças entre o regime corrente e o anterior, da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993), a principal foi a eliminação da categoria de terminais de uso privativo, com sua substituição pelos terminais de uso privado.

Na vigência da legislação anterior, havia dúvidas quanto à classificação da exploração da extinta categoria de portos privativos como prestação de serviços públicos.

Com a mudança de legislação, permanece a indagação quanto aos portos privados. A resposta que ora se tenta fundamentar é que a exploração de portos privados consiste, sim, em serviço público. Para isso, contudo, este tem de ser concebido como modo de atividade econômica que permite a concorrência entre os prestadores.

Embora a alteração de nome pareça trivial, a mudança de regime jurídico é significativa: os terminais de uso privativo tinham licença somente para transportar a carga do próprio autorizado. Por exemplo, um grande abatedouro poderia requerer autorização para operar um porto com o fim de transportar mais facilmente suas carnes. No entanto, teria licença somente para transportar a própria mercadoria, com um pequeno percentual de mercadoria alheia.

Já o regime dos terminais de uso privado é totalmente diferente. O elemento caracterizador de um terminal dessa categoria não é o tipo de carga que passa por ele, mas sim o fato de ele estar localizado fora do porto organizado.

Porto organizado é, segundo a redação da Lei 12.815/2013, “bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária” (BRASIL, 2013a, art. 2º, I). A autoridade portuária, por sua vez é a entidade pública ou privada responsável pela administração e, às vezes, construção, operação e segurança dos portos organizados (VILLELA, 2013, p. 25).

Os terminais privativos de uso misto já existiam na Lei nº 8.630/93, tendo sido inclusive regulamentados pela Resolução nº 517/2005 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) (BRASIL, 2005). Assim, já havia terminais que tinham a capacidade jurídica de transportar carga alheia, ao mesmo tempo em que não se submetiam a todos os deveres impingidos aos portos organizados. Contudo a mudança legislativa foi importante para sedimentar essa nova figura jurídica, mesmo porque já estava em curso uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) feita pela Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC) ao Supremo Tribunal Federal (STF) com o fim de suspender os efeitos da referida resolução. E de qualquer maneira, o operador de portos privativos ainda teria que provar que seu porto seria economicamente viável se transportasse apenas carga própria (BRASIL, 2005, artigo 5º, II, c).

Em suma, há três regimes distintos para os portos de grande volume existentes fora da área do porto organizado: o de terminal privativo de uso exclusivo, instituído pela Lei nº

8.630/1993; o de terminal privativo de uso misto, implementado pela mesma lei e regulamentado pela Resolução nº 517/2005 da ANTAQ; e o de terminal de uso privado, instituído pela MP 595/2012, mais tarde convertida na Lei nº 12.815/2013. O que se buscará analisar é se o regime vigente, o de portos privados, é encampado pela categoria de serviços públicos. Para tal, pretende-se, primeiramente, estabelecer os requisitos necessários para que uma atividade seja classificada como serviço público, para, em seguida, verificar se a exploração de portos privados os atende.

Na instalação privativa de uso exclusivo, o agente portuário, podendo ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, podia transportar somente a carga que lhe pertencesse, como no exemplo supracitado do abatedouro. Podia operar dentro ou fora do porto organizado (aquele concedido ou explorado diretamente pela União) e seu funcionamento dependia de autorização da autoridade competente, que, à época, era o Departamento Nacional de Transportes Aquaviários, órgão do extinto Ministério da Infraestrutura (BRASIL, 1990c, art. 227).

As instalações privativas de uso misto tinham todas as características das instalações privativas de uso exclusivo, com o diferencial de que podiam transportar carga alheia além da própria. De acordo, porém, com a Resolução nº 517/2005 da ANTAQ, o volume de carga própria deveria justificar economicamente, por si só, o funcionamento da instalação. Ou seja: o transporte de carga alheia deveria ser somente um adicional, sendo realizado apenas se o volume de carga própria fosse suficiente. Nota-se, portanto, que o critério para classificação de um porto como privativo residia no tipo de carga transportada, que devia ser total ou parcialmente (para portos privativos de uso exclusivo ou misto, respectivamente) do próprio autorizado.

Essa divisão, apesar de sua difícil aplicação, representou um avanço em relação à legislação anterior, que garantia à Empresa de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRÁS), empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes, o monopólio da administração da atividade portuária no Brasil. O fim desse monopólio trouxe diversas melhorias ao sistema portuário brasileiro como um todo, tais quais a diminuição de custos, a atração do capital privado e a agilização dos processos operacionais (ARAÚJO, 2013, p. 19).

Por fim, as instalações de uso privado não têm de obedecer a nenhum limite relativo à carga. Não precisam transportar qualquer percentagem de carga própria para que seu funcionamento seja autorizado. No entanto, têm de operar fora dos portos organizados. É o regime que se encontra atualmente em vigor e será analisado neste trabalho. Portanto, o

critério aplicado, segundo a nova legislação, é o da localização: o terminal de uso privado, para ser assim classificado, tem de se localizar fora da área do porto organizado, não importando a porcentagem de carga alheia transportada.

No regime jurídico anterior, já havia dúvidas quanto à classificação dos terminais privativos, principalmente quanto aos de uso misto: deviam ser eles considerados serviços públicos? Deviam ser considerados, pelo contrário, um campo de exercício exclusivo da iniciativa privada, totalmente diverso da atividade prestada pelos portos organizados? Esse último alvitre geralmente era o preferido (ARAGÃO, 2007, p. 290), uma vez que a exploração era outorgada por meio de concessão, ao passo que a Constituição elege a concessão e a permissão como mecanismos de outorga de serviços públicos (BRASIL, 1988, artigo 175).

Com a nova legislação, a resposta de que os portos privados não constituem serviço público começa a parecer inadequada, uma vez que os autorizados para a exploração de terminais privados têm quase todos os mesmos deveres e responsabilidades que os concessionários de portos organizados. Com exceção das cláusulas referentes à política tarifária, ao preço do contrato (já que a concessão é onerosa e a autorização é gratuita) e à reversão dos bens, todos os critérios presentes nos contratos de concessão de portos organizados estão também presentes nos contratos de adesão que formalizam a autorização. A própria ideia de que há uma diferença marcante entre os contratos de adesão dos autorizados e o contrato dos concessionários é problemática: há para ambos um processo seletivo e os dois tipos de contratos contêm uma série de dispositivos inegociáveis pelos particulares.

Desta forma, a indagação acerca da pertinência da exploração de portos privados à categoria de serviço público requer uma resposta que vá além da simples conferência do meio de outorga da exploração. Para isso, contudo, conforme já ressaltado, é necessário estabelecer um conceito de serviço público que se mostre aplicável ao caso.

Assim, dentre os inúmeros posicionamentos possíveis, optou-se por escolher aquele que mais se adequa ao direito positivo atual concernente à exploração da atividade portuária. É dizer: um conceito que considere que os serviços públicos podem ser prestados em regime de concorrência, tal como acontece entre os portos organizados e os terminais de uso privado, e no qual a prestação dos serviços públicos fosse uma obrigação estatal, e não uma propriedade do Estado. A função do Estado nesse contexto é a de planejador, ou seja, o responsável por alicerçar “construções jurídicas consistentes e sustentáveis, social, política e juridicamente” de forma a propiciar a concorrência saudável e o desenvolvimento econômico

que daí advém (DALLARI BUCCI, 2013, p. 141). O Estado deixa, portanto, de intervir diretamente e passa a planejar.

Corroborar-se assim com a tese de Vitor Schirato (2013), em que se defende uma concepção dos serviços públicos que admita a competição entre os prestadores e no qual o Estado tem o papel de garante, não de único prestador. Essa escolha se justifica porque, embora haja em outras fontes a menção ao papel da concorrência no serviço público, o referido autor foi o único a explicitá-lo, a fazer uma comparação com o modo como o serviço público é normalmente visto e a destrinchar todas as consequências advindas da nova formulação desse conceito.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a conexão do regime jurídico dos exploradores de portos privados com o conceito de serviço público e as consequências dessa inclusão.

Para que se chegue à resposta sobre a exploração portuária ser ou não serviço público, será perquirida primeiramente a origem do conceito de serviço público a partir da doutrina francesa, sua consequente recepção no Brasil e sua concepção baseada na assegurar de direitos fundamentais. Depois, explorar-se-ão as características gerais da atividade portuária, a evolução da legislação portuária no Brasil, e o estado atual dessa legislação, segundo o regime da Lei 12.812/2013. Por fim, o capítulo final tentará dar uma resposta à pergunta inicial, primeiramente analisando se a atividade portuária em geral consiste em serviço público, para depois verificar se as características da atividade portuária são condizentes com a noção de serviço público elaborada; após, serão colacionados outros argumentos para que se defenda que a exploração de terminais de uso privado constitui, sim, serviço público, e por fim, serão dispostas as consequências dessa resposta.

No primeiro capítulo, será abordada a questão da definição de serviço público em sua origem histórica de influência francesa, diante de sua repercussão no direito brasileiro. O conceito será analisado, ainda, na sua definição constitucional e em sua construção doutrinária brasileira. Tudo isso para que, por fim, seja possível elaborar uma concepção de serviço público aplicável num contexto de concorrência.

O segundo capítulo será sobre a legislação portuária. Esta será analisada primeiro em seus aspectos gerais e depois diacronicamente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, para que depois se proceda a uma determinação de seu estado corrente na legislação brasileira. O objetivo é assentar as bases para que possa se responder, posteriormente, à indagação de se a exploração de terminais de portos consiste em serviço público ou não.

O terceiro e último capítulo tentará mostrar a conexão entre os dois que o precedem, e suas consequências. Nele, busca-se justificar a assertiva de que a exploração de portos privados consiste em serviço público, primeiramente pela análise de se a atividade portuária em geral se encaixa nessa categoria, para que depois se confronte as características da exploração de portos privados com os critérios estabelecidos no primeiro capítulo. Após, serão dispostos outros argumentos, a dizer, o uso da autorização para outorga de serviços públicos e a possibilidade de uso de instrumento licitatório simplificado nesses casos, para justificar a resposta a que se chegou. Por fim, estabelecer-se-ão as consequências jurídicas dessa resposta.

CAPÍTULO 1 – DA FORMAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E DE SUA CONCEPÇÃO A PARTIR DA CONSECUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se entender a atividade de exploração portuária na sua relação com a condução de um serviço público, é preciso primeiro enquadrar o que se entende aqui por serviço público. Assim, enfatiza-se aqui o tema dos serviços públicos, que servirá posteriormente para analisar a legislação portuária. Para tanto, é importante entender qual dos conceitos de serviço público constantes do ordenamento jurídico brasileiro será analisado no presente trabalho.

Após, será empreendida uma breve consideração sobre as origens do serviço público. Reforça-se, assim, o papel do Estado enquanto planejador do setor econômico; este intervém na economia não enquanto prestador de serviços, mas sim como definidor dos parâmetros, para que se possa caminhar rumo a um sistema sócio-econômico desenvolvido (DALLARI BUCCI, 2013, p. 141).

Para tanto, abordar-se-á a formação do conceito de serviço público a partir da sua origem francesa; serão retomados os argumentos da Escola dos Serviços Públicos de Léon Duguit e Gaston Jèze, assim como de seu opositor, Maurice Hauriou. Para essa retrospectiva, será analisada também a contribuição de Santi Romano. Após, será feita uma descrição da atual concepção de serviço público na legislação brasileira, para que logo em seguida seja abordada a evolução desse conceito na doutrina. Por fim, será desenvolvido o conceito de serviço público que será central para o desenvolvimento da tese: o de serviço público como um serviço de *responsabilidade* estatal, prestado em regime de *serviço* público e destinado à consecução de direitos fundamentais.

1.1 Da formação do conceito de serviço público a partir da doutrina francesa¹

É importante destacar, antes de adentrar mais no assunto, que o conceito de serviço público não é estanque nem no sentido diacrônico tampouco no sentido sincrônico. Isto é, o serviço público é visto de maneiras diferentes tanto ao longo do tempo quanto num momento só. Não há consenso jurisprudencial nem doutrinário no sentido de uma definição comum. Isso se explica pelo fato de a teoria dos serviços públicos ter ligação direta com a ideia de qual é a função do Estado (FREIRE, 2013). Assim, o conceito de serviço público de cada autor tende a mudar conforme sua concepção política de como deva ser o Estado (por

¹ Será examinada a formação desse conceito na doutrina francesa, tendo em vista que a França teve influência significativa em todos os países com raízes na *civil law*, e particularmente na área de serviços públicos (ARAGÃO, 2007, p. 76-7).

exemplo, mínimo ou provedor) e de acordo com as necessidades da sociedade. Exemplo disso é que os matadouros costumavam ser propriedade dos municípios, sendo estes responsáveis pelo serviço de abate (SCHIRATO, 2013, p. 55). Para a presente análise interessam o entendimento da construção do conceito de serviço público de influência francesa, ao exemplo da Escola dos Serviços Públicos de Duguit e Jèze, juntamente com os contra-argumentos de Maurice Hauriou, e a partir do entendimento de outros pensadores influentes como Santi Romano (italiano). Destaca-se ainda a conexão o conceito de serviço público com a ideia de um Estado de direito.

Antes de adentrar nas especificidades de cada um dos autores supracitados, convém mencionar que são proponentes do institucionalismo. Essa é a teoria segundo a qual, em termo básicos, o direito não se identifica com as leis, mas com as instituições (RAMOS, 2011, p. 25). Estas seriam entidades permanentes, manifestações de natureza social e não apenas individual, dotadas de individualidade própria, que ultrapasse o conteúdo das suas normas, de seus destinatários e de suas noções internas (RAMOS, 2011, p. 28). Nessa concepção, portanto, o serviço público seria uma instituição, tal qual o Direito em si.

O conceito de serviço público que serviu de base à legislação brasileira foi moldado na França, no início do século XX, e nasceu do debate no qual se contrapuseram a Escola dos Serviços Públicos, chefiada por Léon Duguit e a escola chefiada por Maurice Hauriou. Não há como mencionar a visão de somente um desses autores, já que foi justamente essa tensão surgida do diálogo entre os dois que originou o conceito. A expressão “serviços públicos”, apesar de usada na jurisprudência francesa desde a Antiguidade, ganhou importância na doutrina a partir do *arrêt*² Blanco, de 1873. Nesse julgamento, decidiu-se que a competência de julgar a responsabilidade pelo ferimento da menina Agnès Blanco, causado por um vagão de uma manufatura de tabaco integrante da Administração Francesa, era da justiça administrativa (MEDAUAR, 1992, p. 100).

O *arrêt* Blanco pode ser resumido da seguinte maneira: em 3º de novembro de 1871, Agnès Blanco, uma criança de cinco anos de idade, foi atropelada, e gravemente ferida, por um vagão transportador de tabaco. Sendo a manufatura e o transporte de tabaco, à época, serviço realizado pela prefeitura de Bordéus, o pai de Agnès ajuizou ação de indenização por perdas e danos contra os funcionários do vagão e contra o departamento de Gironda (onde Bordéus está situada), solidariamente. Como na França há instâncias diferentes para a justiça

² *Arrêt* é a palavra em francês usada para designar os acórdãos, normalmente usada no original pela doutrina brasileira.

administrativa e para a justiça civil, o prefeito de Gironda recorreu ao *Tribunal des conflits* para que o julgamento do Tribunal Civil de Bordéus fosse julgado sem efeitos perante a Administração. O *Tribunal des conflits* reconheceu a competência exclusiva da justiça administrativa para julgar a responsabilidade da Prefeitura de Gironda, uma vez que havia a “necessidade de apreciar a parte da responsabilidade que incumbe aos agentes do Estado segundo as regras variáveis de cada ramo dos serviços públicos (tradução minha)”³ (FRANÇA, 1873).

Apesar de sobejarem outros *arrêts* em que se mencionavam os serviços públicos e em que foi fixada a competência administrativa (e.g., decisão Rotschild de 1855, decisão Carcassone, de 1858, decisão Baudry de 1861), somente o *arrêt* Blanco é citado como divisor de águas na compreensão dos serviços públicos. Não sem razão: foi nele que, pela primeira vez, a jurisprudência francesa estabeleceu claramente a ligação entre serviço público e direito público sem recorrer ao Decreto de 26 de setembro de 1793, que atribuía à autoridade administrativa a competência para julgar matéria que tendia a fazer do Estado um devedor. Tal competência foi reconhecida pelo fato de os condutores do vagão estarem realizando *serviço público*, e o uso da expressão nesse contexto é o motivo pelo qual o *arrêt* é mencionado sempre que se estuda esse campo (MEDAUAR, 1992, p. 102).

Foi a partir da influência dessa decisão que surgiu a Escola do Serviço Público, capitaneada por Léon Duguit, que via nesse instituto o núcleo do Direito Administrativo. Era a realização do serviço público, afirmava Duguit, que justificava as prerrogativas do Estado. O Estado, obrigado a realizar os serviços públicos, recebia as ferramentas do direito público para a consecução dessa tarefa. O Estado deveria fazê-lo porque, sem as ferramentas do direito público, não haveria outro modo dos serviços serem garantidos à população (MEDAUAR, 1992, p. 103-4).

Para o autor, na concepção atual de Estado o conceito de serviço público aparece em primeiro plano. Em seu *Tratado de Direito Constitucional*, a importância que ele dá ao conceito é tal que a função do Estado (ou sua atividade jurídica, no termo que o autor prefere) pode ser compreendida como “todas aquelas que os governantes exercem eles mesmos ou por meio de seus agentes para organizar os serviços públicos ou garantir seu funcionamento

³ “(...) la nécessité d'apprécier la part de responsabilité incombant aux agents de l'État selon les règles variables dans chaque branche des services publics.”

ininterrupto”⁴ (tradução minha) (DUGUIT, 1923, p. 134-5). O próprio Estado seria não uma soberania que rege, mas sim uma cooperação de serviços públicos; os governantes, em vez de detentores dessa soberania, seriam gestores do serviço público, legalmente obrigados a assegurar sua prestação efetiva e regular (DUGUIT, 1923, p. 134).

Vê-se aí a influência do paradigma do Estado de Direito, surgido na oposição ao Estado Absolutista. Essa concepção é calcada no princípio de que o governo das leis é superior ao governo dos homens (*lex facit regem*) e na posterior constitucionalização dos direitos naturais. Assim, não só as ações do Estado devem ser adstritas pelas leis, mas estas leis devem estar adstritas a princípios que coíbam ações discricionárias. (BOBBIO, 2000, p. 17-9). Cabe ressaltar que essas ideias não foram cunhadas por Duguit; em verdade, serviram de base a toda sua teoria de serviços públicos. Nesse contexto, os serviços públicos são determinantes para a interdependência e coesão sociais, substituindo a noção de soberania estatal.

Deve-se destacar, ainda, que, para o autor, a determinação de o que é ou não serviço público independe do Estado e é fruto de uma opinião comum (*communis opinio*). O regime jurídico também pouco importa; basta que as atividades sejam realizadas (ARAGÃO, 2007, p. 78-85).

Há nesse posicionamento uma harmonia com a concepção do italiano Santi Romano, segundo a qual o poder estatal pode ser entendido como uma função, ou seja, um poder que se exerce não por interesse próprio, mas por um interesse alheio ou objetivo. A *função*, portanto, é entendida concomitantemente como um poder livre e vinculado: livre enquanto pressupõe uma certa liberdade para aquele que o exerce e vinculado enquanto deve ater-se aos interesses públicos em vista dos quais foi constituída. Aquele que exerce a função tem, portanto, liberdade para escolher os meios pelos quais atenderá aos interesses que permitiram a criação dessa função; se deixar de considerar esses interesses, contudo, incorrerá num desvio de poder (ROMANO, 1977, p. 145-6).

As prerrogativas do Estado, portanto, não se prestam para servir ao interesse estatal, e sim ao interesse coletivo. Consistem, verdadeiramente, num dever-poder (FREIRE, 2013, p. 49-50) Percebe-se, portanto, que as idéias de Santi Romano, longe de serem novas, retomam a noção de papel do Estado e dos governantes semelhante à noção aristotélica que discerne as

⁴ “Par suite, la notion de service public joue un rôle important dans la détermination des fonctions juridiques de l’État, et l’on peut, en un sens, définir les fonctions juridiques de l’État toutes celles que les gouvernants exercent eux-mêmes ou par leurs agents pour organiser les services publics et en assurer le fonctionnement ininterrompu”.

formas boas de governo (monarquia, república – politeia, nos termos de Aristóteles, aristocracia) das ruins (tirania, democracia, oligarquia), a dizer, a busca do interesse comum, da felicidade geral, e não do interesse daqueles que estão no governo. (ARISTÓTELES, 1910?⁵, p. 122-3)

Outro autor basilar na disciplina de serviços públicos é Gaston Jèze (1928). Oriundo da Escola dos Serviços Públicos, Jèze é tributário em certos aspectos da teoria de Duguit. Busca, entretanto, dar contornos mais propriamente jurídicos à teoria dos serviços públicos, em vez de se valer da sociologia (ARAGÃO, 2007, p. 86). Sustentava Jèze que o serviço público se caracterizava por um tratamento jurídico diferenciado, pela prestação regular de serviços de interesse geral e pela possibilidade de modificação da lista dos serviços que se classificam como públicos. (MEDAUAR, 1992, p. 104). Importante destacar que um regime especial não implica necessariamente um regime de direito público; escolherá o legislador a forma mais apropriada ao serviço específico (ARAGÃO, 2007, p. 87).

Quanto à determinação de quais matérias seriam serviços públicos e quais não o seriam, Jèze é taxativo: essa lista é estabelecida pelos governantes, não cabendo discussão pela doutrina ou pela jurisprudência. Uma discussão nesse sentido seria política, e não jurídica. Ao jurista é dado somente averiguar se em determinada atividade houve, por parte dos governantes, intenção de conferir-lhe *status* de serviço público (JÈZE, 1928, p. 290). O governo teria plena liberdade, portanto, para acrescentar ou retirar do rol dos serviços públicos qualquer atividade, bem como para modificar a legislação especial aplicável a essa categoria (JÈZE, 1928, p. 284).

Por fim, cabe mencionar Maurice Hauriou (1938). Crítico da Escola dos Serviços públicos, e, portanto, de Duguit e de Jèze, ele sustentava que a potestade do Estado vinha em primeiro lugar, e somente depois se podia falar em prestação dos serviços públicos. Era ingenuidade falar de incumbências ao Estado antes de se abordar o seu poder político; o poder é um fato, ao passo que os serviços públicos são um dever-ser (MEDAUAR, p. 105). Para ele, em verdade, os serviços públicos (ou, em seus termos, a “utilidade pública”) são apenas uma ideia diretriz da instituição Administração, juntamente com a manutenção da ordem. Ocorre que a submissão das instituições às ideias diretrizes, para Hauriou, é meramente voluntária. Assim, vê-se que os serviços públicos assumem um papel secundário frente ao poder bruto da

⁵ A edição usada no presente trabalho consiste numa digitalização de exemplar existente na Universidade de Sevilla. Infelizmente, não foram digitalizadas as folhas seguintes à capa, onde normalmente consta o ano da edição. É esse o motivo do ano incerto, feita desse modo inclusive no próprio sítio eletrônico em que se encontra a obra: http://fama.us.es/search*spi/c?SEARCH=b+091965.

Administração. (HAURIU, 1938, p. 24 e 33-4). O conceito dos serviços públicos tem importância como elemento autolimitador da soberania do Estado, mas é ainda despidendo em relação ao *jus imperium* (ARAGÃO, 2007, p. 90-2).

Essa breve narrativa sobre as origens do serviço público pretende assentar as bases para que se possa investigar, a seguir, como o conceito de serviço público foi recebido pela doutrina e legislação brasileiras. Para Duguit, eles são núcleo do Direito Administrativo e elemento definidor do Estado. Jèze define-os como serviços de interesse geral, prestados sob regime específico e cujo rol é definido somente pelo legislador. A essa escola faz oposição Hauriou, que sustenta que os serviços públicos têm importância despidendo em relação ao *jus imperium*. Após essas considerações sobre a formação do conceito de serviço público, passa-se ao estudo de sua evolução na doutrina brasileira, que, por óbvio, tem suas particularidades e idiossincrasias.

1.2 Dos serviços públicos no Brasil

Para analisar o conceito dos serviços públicos no Brasil, faz-se necessário entendimento de como o conceito é normalmente formulado na legislação e na doutrina. Para tanto, estabelecer-se-á o que o ordenamento jurídico brasileiro determina acerca dos serviços públicos. Após, será feita uma breve narrativa histórica do conceito de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, partindo de sua primeira concepção ainda no Império até a percepção mais centralizadora que vigorava no Estado Novo e concluindo com a visão de alguns autores modernos.

1.2.1 Da perspectiva legal de serviços públicos

A legislação brasileira, ao longo do tempo, tem se absterido de estabelecer um conceito fixo de serviço público. As constituições brasileiras, desde 1934, vêm estabelecendo normas de competência e determinando a promulgação de lei para que se estabelecesse um regime geral dos serviços públicos. Veja-se o que determinam a respeito o art. 137 da Constituição de 1934:

Art.137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços (BRASIL, 1934e).

Tal lei também era prevista no art. 147 da Constituição de 1937:

Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.

A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 também previa a publicação de lei para assegurar a prestação dos serviços públicos, embora não lhes desse esse nome:

Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição (BRASIL, 1946).

A edição de uma lei geral era da mesma forma prevista na Constituição de 1967:

Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: (...) (BRASIL, 1967).

Por fim, a Emenda Constitucional de 1969, que alterou basicamente toda a Constituição de 1967, apenas mudou o número do artigo sobre serviços públicos, mantendo o mesmo texto:

Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo (...) (BRASIL, 1969).

Tal lei, no entanto, nunca chegou a ser feita. A concessão, mecanismo por excelência de outorga dos serviços públicos, teve seu funcionamento determinado pela Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995). Há também a Lei nº 11.079/2004, que regulamenta as parcerias público-privadas, instrumentos assemelhados à concessão, mas nos quais há contraprestação do parceiro público ao parceiro privado (BRASIL, 2004a, artigo 2º, §3º).

Na Constituição atual, dispõe-se sobre os serviços públicos da seguinte maneira:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Com base no texto constitucional, pode-se aferir que os serviços públicos constituem em prestação de serviços incumbente ao Poder Público, cuja contraprestação, se houver, é a tarifa. Há alguma relação com a atividade econômica, já que o artigo 175 faz parte do Capítulo I (“Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica”) do Título VII (“Da ordem econômica e financeira”) do texto constitucional. Para uma definição mais precisa, contudo, é preciso recorrer à doutrina.

Importante perceber que a redação do texto constitucional é vaga e, portanto, permite várias interpretações. A leitura tradicional dos serviços públicos é somente uma das leituras possíveis. Para implementar a concorrência na prestação de serviço público não seria necessária, portanto, qualquer modificação ou emenda à Constituição; basta uma leitura dela que fosse mais condizente com o panorama sócio-econômico por que se passa.

1.2.2 *Da interpretação da noção de serviço público*

Pode-se dizer que a expressão “serviço público”, na sua acepção corrente, começou a ter uso na literatura do Direito Administrativo brasileiro depois dos trabalhos da comissão formada na segunda metade da década de 1930, por determinação do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, a fim de criar um projeto de lei que regulamentasse o disposto no artigo 147 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, já transcrito anteriormente (SCHIRATO, 2011, p.18).

Não que a ideia de prestação de serviços pelo Estado inexistisse antes disso. Desde o Brasil Colônia já havia tentativas de organização de prestação de serviços pelo Estado, malgrado marcadas por patrimonialismo, vagueza legislativa e jurídica, improvisado e demagogia (ARAGÃO, 2007, p. 59). Não era incomum, por exemplo, que se construísse uma estrada com o fim de, meramente, ligar uma fazenda particular à cidade.

No Brasil Império surgiram as concessões, cujo marco legal foi a Lei Geral nº 641 de 1852 (BRASIL, 1852) e cujo objetivo era harmonizar os dogmas liberais da época com a necessidade incipiente de regular atividades de alta complexidade e que tendiam naturalmente ao monopólio, tais como as ferrovias. (ARAGÃO, 2011, p. 564). Com o fim do Império e dos privilégios reais, ocorre uma liberalização na prestação dos serviços públicos, inspirada no direito norte-americano. A regra era a concorrência, afastada somente por razões de polícia, ou quando a atividade requeresse investimentos de alta monta que não pudessem ser feitos por

particulares, ou quando a própria natureza da atividade pressupusesse um monopólio (SCHIRATO, 2013, p. 16). Na República Velha, os serviços de utilidade pública, como então se dizia, eram concebidos como atividades que deviam sofrer controle estatal por serem de importância primordial para a coletividade. Contudo, a participação de particulares não só era permitida como encorajada, sendo vedada somente quando a natureza da atividade impedisse a concorrência ou quando houvesse razões administrativas de polícia para tal proibição (SCHIRATO, 2013, p. 16).

Esse quadro começou a mudar na comissão montada para regular o disposto na Constituição de 1937 sobre serviços públicos. O fato de os juristas que nela se reuniram terem por objetivo regular dispositivo da carta constitucional mais centralizadora da história do Brasil não é de todo destoante das conclusões a que eles chegaram. Note-se, também, que a comissão foi encomendada por Francisco Campos, autor não só da Constituição Polaca como do Ato Institucional nº 1, que deu início à legislação por decretos característica do Regime Militar. Nada surpreendente, portanto, que a concepção de serviços públicos (expressão que passa a substituir “serviços de utilidade pública”) tenha então um caráter muito mais centralizador do que tinha antes. Evidente que não se pode impor toda a responsabilidade a Francisco Campos; afinal, a desilusão com o modelo liberalista e descentralizado da República Velha fora uma das forças motrizes que impulsionara a eclosão da Revolução de 1930.

Desta forma, a comissão identificou a influência do direito norte-americano como deletéria ao desenvolvimento nacional e optou por beber na fonte do direito continental europeu, particularmente do francês. É o que se vê de forma meridiana no seguinte trecho do relatório que Odilon Braga apresentou à comissão, da qual, aliás, era presidente:

Se no clima jurídico dos Estados Unidos, que é o da "*common law*" e da exploração privada dos serviços de prestação pública, ordinariamente equiparados aos negócios comuns, o contrato deveria atuar em favor do poder público, no clima jurídico do Brasil, em que eles são equiparados aos serviços públicos propriamente ditos, clima que para eles é o do "*império*", o contrato visa a um efeito oposto, a saber - o de garantir os interesses dos concessionários. (BRAGA, 1947, p. 47)

A leitura do relatório supracitado permite entrever também a formação da teoria segundo a qual o serviço público é uma espécie de atividade econômica, mas que se distingue da atividade econômica em sentido estrito:

Outro argumento sobre que provavelmente insistirão os opositores do projeto será o de que este infringe o preceito do art. 135 da Constituição, que fortalece a iniciativa privada e limita a intervenção do Estado no domínio econômico.

Êsse argumento já foi usado nos debates da Comissão Geral, mas no início de seus trabalhos, quando ainda os seus membros não se haviam dado conta de que o art. 147 §6 se aplica aos "serviços públicos concedidos", os quais se situam em plano muito diverso do "domínio econômico", também ocupado pelas empresas de "serviços privados de utilidade pública" ou não. (BRAGA, 1947, p. 48)

O que mais importa, no entanto, é ressaltar a mudança de ênfase que acontece a partir dos debates da comissão, passando do eixo material ao eixo subjetivo, que trecho a seguir exprime com clareza:

Bem se vê, pois, que a noção de serviço público explorado por concessão, resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, **inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental**.

Por efeito dela, o serviço denomina-se "público", não porque seja de utilização do "público" ou de "um público", **mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público** (arts. 1.º, 8.º, e 10.º).

Por conseguinte, o que êste concede não é o serviço mas tão somente a sua exploração lucrativa, mediante o uso e o gozo dos bens e direitos destinados a assegurar a sua organização e seu funcionamento. (art. 9.º). (BRAGA, 1947, p. 42-3. Grifei)

O que se nota, principalmente nos trechos destacados, é não só a intenção de deixar patente a influência do sistema francês e o afastamento do sistema estadunidense, mas também o deslocamento do conceito de serviço público, no sentido de que este passa a ser entendido não a partir de seu público fruidor, mas sim de seu agente detentor, i.e., o Estado. Assim, o serviço público recebe este adjetivo não por ser garantia mínima a que a população tem direito, mas sim por ser prerrogativa do Estado que o exerce.

É nessa época que passa a ocorrer com frequência o fenômeno da *publicatio*, que consiste na transferência de uma atividade até então privada para a competência estatal e que pressupõe divisões estanques entre as esferas pública e privada (ARANHA, 2014, p. 47).

É a partir dessas bases que se formará a doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti. Para ele, a atividade, para poder ser reconhecida como serviço público, não somente tem de ser de titularidade estatal, mas deve também obedecer a um regime jurídico diferente do aplicado às atividades econômicas em geral e atender a alguma necessidade premente da coletividade. Daí a divisão, comuníssima na doutrina atual, entre os critérios orgânico (prestação pelo Estado ou por seu delegado), formal (regido por regime jurídico específico) e material (satisfaz uma necessidade coletiva) (SCHIRATO, 2013, p. 21).

Para demonstrar a influência do conceito de Themístocles Brandão, vejamos as definições de serviço público de alguns doutrinadores modernos: para Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 1993, p. 289). Para Maria Sylvia di Pietro, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (PIETRO, 2011, p. 103). Por fim, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 321).

O regime de direito público costuma ser compreendido como a conjunção entre os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público (SCHIRATO, 2013, p. 24).

Também é possível observar o impacto dessa concepção na jurisprudência. Veja-se o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 2.649-6/DF (BRASIL, 2008a). Ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI), com o objetivo de ver declarada inconstitucional, em caráter preliminar, a Lei 8.899/1994 (BRASIL, 1994), que concede passe livre aos portadores de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Alegava a Requerente, entre outros argumentos, que obrigar as empresas ao fornecimento gratuito de passagens representava uma injunção despropositada no domínio privado das empresas de transportes, ferindo os princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 170 da Constituição) e da propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição).

Após enfrentar preliminares sobre as quais, pelo escopo do presente trabalho, não vale a pena se debruçar, a relatora do acórdão, Ministra Carmen Lúcia, determinou que a exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual, por constar dentre as competências da União (art. 21, XII, e da Constituição), consiste em serviço público. Daí ser ele de “titularidade estatal” (BRASIL, 2008a, p. 46), podendo o legislador estabelecer livremente as condições para sua prestação. O restante do Pleno, à exceção do Ministro Marco Aurélio, acompanhou o voto da Ministra Relatora sem maiores adendos. Estabeleceu-se,

portanto, que as condições de prestação de serviço público podem ser determinadas pelo legislador por tais serviços serem de *titularidade* estatal.

Como se viu pelos autores e pela jurisprudência citados acima, essa concepção de serviço público é comumente elaborada. À exceção de alguns detalhes, como a inclusão de serviços *uti universi* (voltados à coletividade sem que se possa individuar os beneficiários, como por exemplo, a iluminação pública) no rol dos serviços públicos, a doutrina é unânime em pelo menos dois aspectos: a) a titularidade do estado; e b) a aplicação, total ou parcial, do regime de direito público à prestação de serviços públicos, distinguindo-se então essa tarefa do mero exercício de atividade econômica.

1.3 Da concepção de serviços públicos centrada na consecução dos direitos fundamentais

O conceito de serviço público que se estabeleceu até agora, portanto, foi o de atividade voltada à consecução de interesse geral, de titularidade do Estado e submetida, total ou parcialmente, a regime de direito público. Uma atividade econômica em sentido lato, com requisitos e pressupostos diferentes daqueles da atividade econômica em geral. O conceito de serviço público que será apresentado aqui, contudo, é de uma atividade econômica de *responsabilidade* do Estado, prestada em regime de *serviço* público e destinada a assegurar direitos fundamentais.

Primeiramente, com o foco de aprimorar a presente pesquisa, é ressaltado o distanciamento das dimensões orgânica e formal do serviço público para que se enfatize a dimensão material. Isto é, será dado menor destaque ao titular do serviço público e ao regime jurídico a que ele se submete para que se dê relevo à efetiva prestação do serviço à coletividade. E o motivo principal é singelo: a defesa dos direitos fundamentais. É essa, afinal, a justificativa da existência do Estado como um todo. Se não era essa a realidade quando da criação da maioria dos institutos do Direito Administrativo, no início do século XX, certamente o é no período atual, em que a Constituição assume papel central e em que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à sua luz (BINENBOJM, 2006, p. 23-5). Nesse sentido, as questões abordadas para que se elucide devidamente a concepção de serviço público adotada serão: o conceito restrito de serviço público; o destaque à dimensão material do serviço público, com a consequente ressignificação das dimensões formal e orgânica; e a

implementação da concorrência no serviço público, advinda do contexto de liberalização⁶ das políticas econômicas, e a consequente aplicação do CDC.

1.3.1 Conceito de serviço público: ênfase na dimensão material

Por óbvio, os serviços públicos não são o único meio de o Estado cumprir sua função-mor de resguardar e prover os direitos fundamentais; há políticas públicas, há o fomento, há a ação do Judiciário, dentre outros inumeráveis exemplos. Tais serviços são, em verdade, um dos vários mecanismos de que a Administração pode fazer uso. Cabe lembrar, por oportuno, que, conforme o conceito restrito que ora se adota, as políticas públicas, o fomento e a ação do Judiciário não entram no conceito de serviço público⁷.

Essa concepção mais restrita de serviços públicos, apesar de destoar do conceito que é defendido por alguns autores conhecidos na doutrina brasileira (já mencionados: MEIRELLES, 1993; PIETRO 2011; e CARVALHO FILHO, 2012), não muda muito os termos usuais: serviço público é a atividade de titularidade estatal voltada à consecução de interesses coletivos e sujeita a regime específico. Se não mudam tanto as palavras usadas, há diferenças consideráveis nas acepções e nos enfoques, como se verá adiante.

As dimensões orgânica e formal do conceito de serviço público não desaparecem, mas apenas são ressignificadas. A dimensão formal se calca não num regime de direito público, mas sim num *regime de serviço público*, pautado no direito positivo aplicável a cada caso concreto e nos princípios estabelecidos pelo artigo 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), a dizer: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (SCHIRATO, 2013, p. 201).

O aspecto subjetivo ou orgânico, por sua vez, passa a ser entendido como o Poder Público sendo *garante* da prestação adequada do serviço público, e não seu proprietário exclusivo. O Estado deve ser responsável pela execução; os meios de que ele se vale (concessão, permissão, autorização) são despiciendo nessa ótica (SCHIRATO, 2013, p. 199-200).

⁶ Por “liberalização” se entende o processo político-econômico por que têm passado as instituições brasileiras desde meados da década de 1990, que trouxe o capital privado a áreas outrora monopolizadas pelo Estado. A este último processo costuma-se dar o nome de *contratualização* (GROTTI, 2007).

⁷ Conforme já mencionado, o conceito restrito de serviço público é aquele que abarca apenas algumas das atividades da Administração, i.e., aquelas com características de atividade econômica. Há também o conceito amplo, que abarca toda a atividade da Administração, e o amplíssimo, que abrange toda a atividade estatal (FREIRE, 2013, p. 197-9). Embora se escolha a perspectiva restrita, destaque-se que esta é apenas uma das abordagens possíveis e que há autores respeitáveis defensores das concepções ampla e amplíssima.

Os serviços públicos, assim, devem ser encarados como um instrumento de acesso aos direitos fundamentais. Afinal, é para a consecução desse fim que, num contexto constitucional, o Estado deve sempre agir. (SCHIRATO, 2013, p. 76). Isso significa, por um lado, que o conjunto de atividades que pode ser prestada como serviço público é mutável, de acordo com a época, o lugar e a situação. Num contexto de guerra, por exemplo, é concebível que a indústria de sapatos deixe de atuar satisfatoriamente; o Estado, então, assumiria essa atividade para garantir os direitos fundamentais da população e a indústria de calçados, *in casu*, seria um serviço público.

A dimensão orgânica dos serviços públicos é vista sob outro foco num contexto em que a administração começa a passar de um paradigma autoritário e impositivo para um mais consensual, no qual a negociação e os contratos são mais bem vistos que os atos unilaterais (GROTTI, 2007, p. 4). Contribuíram para a implementação desse modelo os recentes desenvolvimentos tecnológicos que diminuíram, ou mesmo eliminaram, em certos casos, os monopólios naturais ou necessários, e a impossibilidade orçamentária de o Estado fornecer ele mesmo todos os serviços fundamentais.

Por outro lado, o enfoque na dimensão material dos serviços públicos também faz com que sua definição não seja sujeita à discricionariedade do legislador. Uma atividade não pode ser considerada serviço público por mera conveniência ou por fins políticos: é preciso que a prestação da atividade seja um meio de assegurar direitos fundamentais e que a atividade privada não a desempenhe adequadamente (SCHIRATO, 2013, p. 194).

Consequência importante disso é que o Estado deixa de ser encarado como *detentor* do serviço público e passa a ser seu *garantidor*. O ordenamento jurídico não deu ao Estado a prerrogativa de prestar o serviço público para lhe dar poder político ou para reforçar a soberania nacional; o que fez foi impor ao Estado a obrigação de prestar o serviço com o fim de resguardar direitos fundamentais. Disso decorre, outrossim, que não é automática a aplicação do regime do direito público: o regime de direito privado será afastado à medida que sua presença colida com o direito fundamental em questão. Se, pelo contrário, a ação de particulares propiciar uma maior satisfação das necessidades públicas, usar do regime de direito público meramente para manter uma suposta prerrogativa estatal seria incorrer num contrassenso não só ilógico como danoso à coletividade (SCHIRATO, 2013, p. 90-1).

O elemento subjetivo, no entanto, não desaparece; o Estado continua sendo presente na prestação de serviços públicos. O que acontece é que ele passa a ser visto sempre como sujeito passivo, ou seja, como devedor, à população, de um serviço público. A ele é imposta a

obrigação realizá-lo. A titularidade ainda é estatal, mas não serve como trunfo para que se defenda a exclusividade da prestação pelo Estado (SCHIRATO, 2013, p. 194).

O regime de direito público ainda permanece aplicável enquanto instrumento dado à Administração para que torne possível a prestação de serviços públicos. O que não se deve fazer é determinar, *a priori*, que a identificação de uma atividade como serviço público fará com que a ela seja aplicado o regime público na totalidade do setor. É ampla a gama de atividades que atualmente recebe a qualificação de serviço público; determinar que a todas elas seja imposto somente o regime de serviço público é querer tornar simples algo que não o é. Essas atividades não são só várias como também complexas: querer sacrificar todo um campo normativo aceito e estabelecido por amor a uma concepção de serviço público é se recusar a aceitar as mudanças ocorridas nas últimas décadas (SCHIRATO, 2013, p. 196).

1.3.2 Liberalização dos serviços públicos

O que mais se deseja pôr em relevo, contudo, é que nessa concepção de serviço público, o regime diferenciado só deve afastar a concorrência quando esta for totalmente inconciliável com o serviço em questão. A concorrência, portanto, é a regra, e não a exceção.

Não há como negar que a liberalização dos serviços públicos tem sido realidade no ordenamento jurídico brasileiro desde meados da década de 1990. Dentre os motivos para que ela ocorresse estão: a incapacidade fiscal de o Estado prestar por si só os serviços públicos, demonstrada pela ineficiência da máquina pública; a conquista de espaço pelas normas do direito da concorrência; a possibilidade, pelos avanços da tecnologia, de quebrar os monopólios naturais que justificavam boa parte da exclusividade estatal; e a concepção, no campo econômico, da concorrência enquanto mecanismo de melhoria da qualidade na prestação dos serviços públicos (SCHIRATO, 2013, p. 120).

O exemplo mais claro disso é o caso das telecomunicações no ordenamento jurídico brasileiro. Até 1995, havia monopólio desse setor pela empresa pública Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS); nesse período, dificilmente se podia dizer que o acesso a esse serviço era democrático: a infraestrutura era parca concentrada. Com a abertura do setor à competição, no entanto, houve uma ampliação inegável do acesso ao serviço; a Lei nº 9.472/1997 (BRASIL, 1997), conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, estabeleceu mecanismos para que a concorrência fosse estimulada ao mesmo tempo em que se garantisse a universalização do serviço, o que de fato tem ocorrido (QUINALIA, 2015, p. 74-5 e 99-100).

Essa liberalização tem sido tendência não só no contexto brasileiro, mas também nos países onde surgiu o *civil law*. Serviços que antes eram classificados peremptoriamente como serviços públicos estão passando a receber outras denominações, como “atividades econômicas de interesse geral”, ao mesmo tempo em que atividades que eram prestadas exclusivamente pelos Estados agora são exercidas também por particulares. Ocorre às vezes que essas atividades passem a ser exercidas *apenas* por particulares, sendo o Poder Público responsável pela regulação, cuja intensidade varia. O novo panorama político-ideológico, bem como as inovações tecnológicas que permitiram o abrandamento ou mesmo a eliminação de alguns monopólios naturais, fizeram com que a concorrência passasse a ser não só possível como recomendável na implementação de serviços públicos (ARAGÃO, 2008, p. 260-1).

O processo de liberalização se conecta mais diretamente com a prestação do serviço público no movimento chamado de *contratualização*, em que a figura da Administração soberana muda para a da Administração consensual, em que os atos unilaterais são menos usados do que os acordos. A partir de meados da década de 90, o ajuste fiscal torna insustentável o antigo modelo de empresas públicas (como as já citadas PORTOBRÁS e TELEBRÁS) até então usado para prestação de serviços. Com o esgotamento desse paradigma, surgem novos tipos de ajuste baseados no consenso e na parceria (GROTTI, 2007 p. 2-4).

Mais uma vez, cabe trazer à baila o caso do serviço de telecomunicações, mas dessa vez no contexto do acórdão, de caráter liminar, do Pleno do STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 1.668-5/DF (BRASIL, 2004b). Ajuizado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) em litisconsórcio ativo com o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB), a ação buscava a decretação, em caráter liminar, da inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da já mencionada Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral das Telecomunicações. Dentre os vários artigos questionados, destacam-se o inciso III e os §§ 1º e 2º do art. 65 e o artigo 66, subscritos:

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

(...)

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público. (BRASIL, 1997)

O argumento alegado pelos Autores é o de que a prestação simultânea de um serviço em regimes público e privado seria contrária ao conteúdo do artigo 175 da Constituição, já transcrito. Seria impossível considerar que um serviço atende concomitantemente a interesses coletivos e restritos. Tais argumentos, no entanto, não foram suficientes para convencer o Pleno do Supremo Tribunal, que, por maioria, indeferiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade no tangente aos referidos artigos. O Ministro Nelson Jobim, divergindo do voto do relator Ministro Marco Aurélio, determinou que não havia incongruência entre o atingimento do interesse público e a prestação do serviço por ente privado (BRASIL, 2004b). Vê-se, assim, que há jurisprudência que esteja de acordo com o paradigma da liberalização dos serviços públicos.

Toda essa mudança jurídica está inserida num paradigma socio-histórico de insucesso do Estado prestador, produtor e protecionista, que vem ocorrendo desde o último quarto do século passado. Em seu lugar, surgiram outros modos de administração dos recursos públicos, principalmente na área de serviços públicos, em que predominam o acordo, a transação, o consenso, a cooperação (GROTTI, 2007, p. 4).

Na própria Constituição Federal de 1988, o artigo 175, que trata dos serviços públicos, está inserido dentro do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, sem que conste do seu texto nenhuma ressalva. Mais que razoável supor, portanto, que, salvo expressa disposição em contrário, aos serviços públicos se aplicam todos os princípios gerais da ordem econômica dispostos no artigo 170, inclusive o princípio da livre concorrência (SCHIRATO, 2013, p. 123).

Assim sendo, não procede o argumento de que a classificação dos serviços públicos como atividade econômica e a consequente aplicação do princípio da livre concorrência precarizariam a situação do usuário. O que ocorre, de fato, é que este terá à sua disposição outra gama de garantias: não só poderá recorrer ao direito administrativo enquanto usuário de serviço público, mas ficará também sob o resguardo da legislação consumerista, que tem despontado como mecanismo protetor da parte mais fraca na relação de consumo desde a elevação do direito do consumidor a princípio basilar da ordem econômica e da promulgação da Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1990d), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (WALVIS, 2010, p. 80-1).

O uso do CDC na matéria de serviços públicos, aliás, é admitido pela legislação há tempo considerável. Veja-se o teor do artigo 6º, X, dessa lei, que considera direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (BRASIL, 1990d). O artigo 59, § 1º, dessa mesma lei, prevê, por sua vez, a aplicação da pena de cassação da concessão de empresa concessionária que violar disposição contratual em detrimento do consumidor. Ademais, há poucas divergências doutrinárias quanto à aplicação do CDC aos prestadores de serviços públicos (WALVIS, 2010, p. 114-7).

Quanto à jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mais de uma vez reconheceu ser legítima a aplicação da legislação consumerista para proteção do usuário de serviço público. No Recurso Especial (REsp) nº 223.778/RJ (BRASIL, 2000), julgado pela Primeira Turma por exemplo, ficou estabelecido que é proibido à concessionária de serviço público cortar o fornecimento de energia elétrica ao consumidor como meio de coagir ao pagamento, por aplicação dos arts. 22 e 42 do CDC, *verbis*:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. (BRASIL, 1990d)

Outro exemplo, mais recente, é o julgamento do Agravo Regimental feito no Agravo em Recurso Especial nº 734.217/RJ (BRASIL, 2015), realizado pela Terceira Turma. Nele, foi reconhecido o uso do prazo prescricional de cinco anos, estabelecido pelo artigo 27 do CDC, para ação movida pelo consumidor contra concessionária de serviço público de transporte.

Em suma, o conceito de serviço público no contexto de sua liberalização destaca sua dimensão material e sua finalidade última, qual seja, permitir o acesso aos direitos fundamentais pela coletividade. Isso é feito, por sua vez, por meio da abertura do serviço público à concorrência, em vez da imunidade à concorrência que normalmente é defendida na doutrina brasileira.

1.3.3 Conceito de serviço público: conclusão

Percebe-se, portanto, que estimular a prestação de serviços públicos por particulares torna possível a consecução da finalidade dos serviços públicos, ou seja, tornar universalmente acessíveis certos direitos fundamentais. A abertura à competição, além de se

adequar ao contexto sócio-econômico brasileiro, é de fato um instrumento de universalização, que surgiu com o fracasso do modelo de Estado prestador.

O serviço público, portanto, deve ser entendido como um serviço de *responsabilidade* estatal, prestado sob regime de *serviço* público, com o fim explícito de possibilitar o acesso aos direitos fundamentais. Tal concepção está de acordo não só com o previsto no texto constitucional, mas também com a jurisprudência recente dos tribunais superiores, como já foi demonstrado. Não só isso: num país de dimensões continentais como o Brasil, permitir a prestação de serviços público pela atividade privada pode se tornar o único meio de propiciar-lhes o acesso por toda a população.

O serviço público, portanto, deve ser entendido não como um tipo especial de atividade econômica para os quais os princípios do art. 170 da Constituição não são aplicáveis. Pelo fato de o artigo sobre os serviços públicos (art. 175) estar dentro do capítulo dos princípios gerais da ordem financeira e econômica, é possível entender que os serviços públicos são um tipo de atividade econômica, no qual a livre iniciativa e a liberdade de concorrência têm seu papel, ainda que de modo particular.

Estabelecido o conceito de serviço público, analisar-se-á, em seguida, as características jurídicas da atividade portuária para que se possa determinar se esta pode ser classificada como pertinente ao sobredito conceito.

CAPÍTULO 2 – O TRATAMENTO LEGAL DOS PORTOS: CARACTERÍSTICAS GERAIS, BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL E SEU ESTADO ATUAL SEGUNDO A LEI 12.815/2013

Para compreender a tese da subsunção da exploração de portos privados ao conceito de serviço público importa, primeiramente, traçar um esboço das particularidades da atividade portuária na condição de atividade econômica. Depois, dispõem-se alguns dos conceitos básicos de tratamento da intervenção estatal nos portos. E, por fim, expõe-se, brevemente, um histórico da legislação portuária no Brasil com foco nos portos privados/privativos, culminando com o panorama jurídico atual da matéria. Importante reforçar que os conceitos serão meramente expostos, deixando a crítica para o capítulo seguinte.

Para tanto, após considerações acerca das características gerais da atividade portuárias, evidenciando por que ela é um campo privilegiado para a ação estatal. Em seguida, faz-se uma classificação dos portos, comumente usada para avaliar o nível de intervenção estatal que neles existe. Procede-se à discussão do histórico da legislação portuária no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, é estabelecido o estado atual dessa legislação, de acordo com os parâmetros da Lei 12.815/2013.

2.1 Características gerais dos portos

A título de estabelecer características gerais das atividades portuárias, cabe tecer considerações acerca da natureza dos portos, destacando o motivo deles serem uma atividade econômica em que frequentemente o Estado intervém. Para isso, estabelece-se um conceito geral de portos, para em seguida explorar a limitação física dos locais aptos a receber portos, o volume de investimentos exigido e a característica da atividade portuária constituir o que se denomina de monopólio natural.

Portos, vale lembrar, são o local situado às margens marítimas, lacustres ou fluviais que, por suas condições naturais e humanas, possibilite o transporte organizado de mercadorias e pessoas (JUSTEN FILHO, 2006, p. 406). Malgrado a criação e estabelecimento de vários outros tipos de transporte, os portos sempre mantiveram protagonismo no comércio internacional. Esse protagonismo, ao contrário do que se poderia supor, tem ganhado relevo na nova perspectiva de globalização e de crescimento do comércio internacional. Essa é precisamente a razão pela qual, recentemente, várias nações têm empreendido reformas portuárias nos aspectos estruturais e jurídicos. (VILLELA, 2013, p.18).

Isso posto, malgrado os aspectos econômicos relevantes, os portos não são como quaisquer empreendimentos, tendo características peculiares que vale a pena ressaltar, a dizer, a alta quantia de investimentos necessários e a limitação geográfica.

Em primeiro lugar, o montante de investimentos exigido para a instalação de um porto é exorbitante. Não só a construção é sobremodo custosa, como o mercado internacional exige uma constante atualização das instalações portuárias (JUSTEN FILHO, 2006, p. 407). Ademais, como se verá logo adiante, o modo de operação dos portos, atualmente, pressupõe que estes estejam em harmonia com toda uma logística de transportes calibrada e operante. De que adianta, por exemplo, que o Porto de Santos tenha uma estrutura apropriada de guindastes e contêineres se os caminhões frequentemente formam filas quilométricas para escoar suas cargas?

Ademais, há um limite para os logradouros possíveis de se instalar portos. Isso porque é necessária a comunhão de várias condições físicas e socioeconômicas para propiciar a construção de um porto (e.g., proximidade de um centro comercial, lugar ao abrigo das intempéries e com largo canal de acesso). É verdade que num país das dimensões do Brasil há uma disponibilidade razoável de recursos naturais; mas, quanto mais portos se constroem, menos possibilidades há de se construir um novo. Não só é limitado o número de novos portos que podem surgir, mas um porto já construído também não pode expandir-se ilimitadamente; terá de respeitar os limites geográficos que a natureza lhe impõe (JUSTEN FILHO, 2006, p. 408).

Ambos os fatores acima contribuem para que os portos constituam aquilo que se denomina monopólios naturais. Nesses casos, a competição não funciona como com as outras atividades econômicas: a existência de um único agente econômico é, em geral, o meio mais eficiente para o desempenho de atividades. A entrada de um competidor no cenário tornaria a atividade menos eficiente para a economia como um todo. Tal entrada, além do mais, é impraticável, uma vez que os investimentos fixos são altíssimos. Isso não significa, por óbvio, que não haja competição, mas tão somente que a exploração exaustiva de um único terminal é economicamente mais eficiente do que a construção de um novo nos arredores (JUSTEN FILHO, 2006, p.407).

Em verdade, como cabe ao empresário escolher qual porto ele usará para o desempenho de sua atividade, ocorrem tanto uma competição intraporto (competição entre os operadores portuários instalados em cada porto) quanto uma competição entre diferentes

portos, com reflexos óbvios nos interesses econômicos dos países envolvidos (JUSTEN FILHO, 2006, p. 409-10).

Todos os fatores acima elencados fazem com que a exploração da atividade portuária seja campo privilegiado da ação estatal. Um porto com boa infraestrutura pode ter um impacto extraordinário na economia de um país, ao mesmo tempo em que exige investimentos de alta monta. Contribuem também para esse cenário as questões estratégicas que um porto internacional suscita.

2.2 Da classificação dos portos segundo o nível de intervenção estatal

O nível dessa interferência estatal costuma ser classificado na literatura e na prática por *Service Port*, *Tool Port*, *Landlord Port* e *Fully Privatized Port*. A escolha de cada modelo depende não só das características econômicas de cada país, mas também do local onde fica o porto e do tipo de cargas movimentadas (VILLELA, 2013, p. 20).

No *Service Port*, não há qualquer participação da iniciativa privada: todos os investimentos, todas as operações, toda a mão-de-obra, tudo, enfim, é de responsabilidade exclusiva do Estado. Embora ainda existam alguns portos que operem desse modo (e.g., Porto Colombo, do Sri Lanka), a tendência é a transição para modelos com maior participação do capital privado, devido à demanda do mercado por eficiência, produtividade e investimentos constantes (VILLELA, 2013, p. 21)

No *Tool Port*, o Estado é apenas proprietário das instalações portuárias e mantenedor da infraestrutura e da superestrutura portuárias; aos entes privados cabe manejar a operação do porto. São exemplos de *Tool Port* os terminais de contêineres das *Ports Autonome*, na França, e os terminais de Granéis Sólidos do Porto de Aratu/BA. Uma desvantagem desse modelo é que as máquinas tais como guindastes e empilhadeiras são também bens públicos, e são empregados públicos os seus operadores. A mão-de-obra no restante das operações, por outro lado, é privada. Esse descompasso de empregadores faz com que não haja um só responsável pela operação toda, gerando conflitos e ineficiências. Por outro lado, esse modelo pode funcionar como transição entre o *Service Port* e outros modelos com maior participação privada, já que é um investimento de menor risco para o empreendedor (os gastos maiores cabem ao Estado) e a regulação é menos extensa do que nos modelos em que os particulares lidam com a infraestrutura (VILLELA, 2013, p.22).

O *Landlord Port* é o modelo no qual há o equilíbrio entre as iniciativas pública e privada: enquanto o Estado é proprietário do porto e lida com sua administração e

infraestrutura, o particular fica responsável pela superestrutura, pelos equipamentos e pela operação. A entidade privada costuma pagar uma taxa pela exploração da infraestrutura, enquanto o poder público exerce seu poder de regulação e tem maior capacidade de intervir quando estiverem em jogo questões estratégicas do país. Alguns riscos desse modelo são as interferências inoportunas do Estado, que podem vir a gerar ineficiências, e as pressões que o particular pode vir a exercer no sentido de requerer maiores investimentos em infraestrutura quando estes não forem, de fato, necessários ao bom funcionamento do porto. De qualquer forma, esse é o modelo mais comumente utilizado pelos portos das grandes economias. São exemplos os portos de Roterdã, na Holanda, da Antuérpia, na Bélgica, e de Nova Iorque, nos EUA (VILLELA, 2013, p. 23).

Por fim, há os *Fully Privatized Port*, em que o Estado não é proprietário de nada e não faz interferências de relevo. O porto, toda sua infraestrutura e superestrutura são de propriedade do ente privado, e este realiza toda a administração do porto. Como a autorregulação nem sempre é suficiente para o planejamento econômico em longo prazo e como portos são de suma importância para a segurança nacional, esse modelo não é muito utilizado. Alguns exemplos de países que usam esse modelo são o Reino Unido e a França (VILLELA, 2013, p. 24).

Por determinação constitucional (art. 21, XII, f), a União é responsável pela exploração da atividade portuária. O que significa que, a não ser por força de uma emenda constitucional, não será feita a transição para o modelo de *Fully Privatized Port*. Como se demonstrou acima, no entanto, é bom que assim não o seja. O modelo de atividade mais usado no mundo, justamente por isso, é o de *Landlord Port*. Como se verá mais adiante, o atual estado da legislação portuária e a classificação da exploração de terminais de uso privado como serviço público se coadunam com esse modelo.

2.3 Breve histórico da legislação portuária no ordenamento jurídico brasileiro

Quando se opta por tratar da atual configuração jurídica de um tema, um bom alvitre é começar pelo modo como ele foi tratado, ao longo da história, pelo ordenamento jurídico que se busca estudar.

Se o objeto de estudo fosse a legislação de um país europeu ou asiático, seria necessário regredir alguns séculos para estabelecer o início das atividades comerciais por meio de portos fluviais ou marítimos, o que tornaria a especificação de uma data precisa do início do comércio marítimo uma tarefa audaz, ou mesmo temerária. No entanto, tal não é o

caso do Brasil, onde o comércio portuário só teve início com a Abertura dos Portos às Nações Amigas em 1808. Como se sabe, até então o comércio com outras nações era proibido, já que o Brasil era colônia de Portugal e não convinha que uma colônia tivesse vida comercial independente de sua metrópole (ARAÚJO, 2013, p. 13).

Ao se intensificarem as relações comerciais do Brasil com outras nações, principalmente com a Inglaterra, deu-se a proliferação de portos, tanto ao longo da costa quanto nas vias internas navegáveis. Estes eram considerados propriedade da Coroa, por seu valor estratégico. Logo em 1810, criou-se a figura dos portos alfandegados, com o fim de taxar os valores movimentados (ARAÚJO, 2013, p. 13).

Em 1846, acontece a organização da Companhia de Estabelecimento da Ponta da Areia no Porto de Niterói, levada a cabo por Irineu Evangelista de Sousa, o Barão de Mauá. Destinada a facilitar a cabotagem e as navegações de longo curso, a criação dessa companhia incrementou de forma tal a movimentação portuária que induziu a promulgação do Decreto nº 1.746 de 1869 (BRASIL, 1869), a Lei das Docas, que tornava possível a exploração dos portos por particulares, numa espécie de contrato de concessão (ARAÚJO, 2013, p. 13). As instalações eram consideradas do particular somente enquanto durasse o contrato (“Art. 1º (...) § 9º Ao governo fica reservado o direito de resgatar as propriedades da companhia em qualquer tempo depois dos 10 primeiros annos de sua conclusão”) e o empresário mantinha alguns dos privilégios geralmente reservados somente aos agentes públicos (“Art. 1º (...)§ 12. Os armazens das dócas construidas pelos empresarios gozarão de todas as vantagens e favores concedidos por lei aos armazens alfandegados e entrepostos”) (BRASIL, 1869).

Os concessionários dos portos exerciam a administração do porto de maneira monopolista, o que lhes permitia lucros vultosos, mas não necessariamente resultava em grandes investimentos em sua infraestrutura. Foi sob a égide desse decreto que aconteceu, em 1888, a concessão do Porto de Santos por meio do Decreto nº 9.979/1888 (BRASIL, 1888), evento a que se refere muitas vezes, incorretamente, como “privatização” (OLIVEIRA e FERNANDES, 2013, p. 2.225; ARAÚJO, 2013, p.15).

De qualquer forma, o investimento em infraestrutura levado a cabo pelos particulares monopolistas não foi feito num nível suficiente para atingir o desenvolvimento esperado pelos governantes, de modo que a legislação de portos passa por uma centralização que ocorre, como no caso dos serviços públicos, na Era Vargas. Nesse caso, porém, as mudanças começaram ainda durante o governo provisório de 1934, antes do Estado Novo. Nesse contexto, foi editada uma série de decretos com o escopo de reformar a atividade portuária,

que consistiu na primeira sistematização efetiva da legislação desse tema e que permaneceu largamente intocada até a edição da Lei nº 8.630/93, a Lei dos Portos (CLÈVE, 2008, p. 212). O Decreto nº 24.508/1934 definia os serviços portuários (BRASIL, 1934a); o Decreto nº 24.447/1934 definia as competências de cada ministério na administração dos portos organizados (BRASIL, 1934b); o Decreto nº 24.511/1934 regulava o uso das instalações portuárias (BRASIL, 1934c); e o Decreto nº 24.599/1934 alterou o regime de concessão dos portos e a exploração do seu tráfego (BRASIL, 1934d), revogando o regime instituído pela Lei nº 1.746/1869. Convém também ressaltar que a Constituição de 1934 foi a primeira a reservar à União, em seu artigo 5º, XIX, alínea ‘e’, a prerrogativa de legislar exclusivamente sobre portos (BRASIL, 1934e).

O mais importante a se destacar dessa legislação é que ela estabelecia o monopólio, pelos portos organizados, do embarque e desembarque de mercadorias que adviessem da sua hinterlândia ou que a ela se destinassem. (CLÈVE, 2008, p. 212). Veja-se o teor do artigo 2º do Decreto nº 24.511/1934 (BRASIL, 1934c):

Art. 2º Na utilização das instalações de acostagem e das destinadas ao embarque e desembarque de mercadorias nos portos organizados, serão observadas as seguintes regras gerais:

- a) é obrigatória a atracação das embarcações aos caes ou pontes de acostagem, para o embarque ou desembarque, de passageiros e mercadorias, procedentes do "hinterland" desses portos ou que lhe forem destinados;
- b) todas as mercadorias, mencionadas na regra anterior, seja qual for sua natureza ou destino, não poderão ser embarcadas nem desembarcadas sem transitarem pelas instalações portuárias.

Paragrapho unico. Considera-se "hinterland" de um porto organizado:

- 1º, a cidade ou localidade em que esse porto estiver, ou em que funcionar a respectiva alfandega ou mesa de rendas, e as costas ou margens atingidas pela navegação interna do mesmo porto;
- 2º, a região do paiz, servida, por transportes terrestres, para a qual se encaminhem directamente mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto;
- 3º, a região do paiz, servida por vias fluviaes de transporte, cujas mercadorias sejam transportadas, embarcadas ou desembarcadas, sujeitas á jurisdição da alfandega ou mesa de rendas do referido porto.

A amplíssima definição de *hinterland*, portanto, garantia aos portos organizados o monopólio da atividade portuária. Como a reforma legislativa fez com que todos os portos se tornassem organizados e, portanto, propriedade da União, percebe-se que não havia atividade portuária que não fosse feita pela União ou por seu concessionário.

O Decreto-Lei nº 6.460/1944 (BRASIL, 1944) começou a relativizar esse monopólio, dando aos estados e municípios o poder de construir, conservar e explorar “instalações portuárias rudimentares” independentemente de autorização federal. Contudo, caso as instalações tivessem valor superior a um milhão de cruzeiros ou caso movimentassem, por dois anos consecutivos, quantidade de mercadorias superior a cento e cinquenta mil toneladas anuais, sua exploração seria transferida à União. Caso a exploração do porto não conviesse a qualquer um desses entes públicos, poderia uma “entidade privada idônea” exercê-la (BRASIL, 1944, artigo 9º).

Com a percepção de que o ingresso de investimentos privados era premente para o desenvolvimento da atividade portuária no Brasil, revogou-se, por meio do Decreto-Lei nº 5/1966 (BRASIL, 1966), a parte do Decreto-Lei nº 6.460/1944 que impunha limites à movimentação dos portos rudimentares. Estes podiam ser construídos desde que “a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio” (artigo 26). O Decreto-Lei nº 561/1969 adicionou outra hipótese de atuação dos portos rudimentares, a dizer, quando ocorresse lotação nos portos organizados (BRASIL, 1969). Nota-se, portanto, que com esse dispositivo surgiu a figura dos portos privativos, que viria a ter grande importância na vigência da Lei nº 8.630/93.

A Lei nº 6.222/75 veio a criar a empresa pública PORTOBRÁS, cujas ações eram todas de titularidade da União, para substituir a entidade autárquica Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (BRASIL, 1975). A PORTOBRÁS acumulava uma quantidade extraordinária de funções, administrando diretamente dezenas de portos, administrando outras dezenas indiretamente (por meio do controle majoritário das ações de diversas Companhias Docas, que são sociedades de economia mista responsáveis pela administração de portos), fiscalizando todos os outros portos que não administrava, realizando atividades que a lei denominou transitórias, mas que nunca chegaram a ser delegadas, e fazendo atividades diversas, como pesquisa (por meio do Instituto Nacional de Pesquisas Hidroviárias) (CASTRO e LAMY, 1992, p. 1-2).

A Constituição de 1988 veio dar destaque especial à matéria dos portos (BRASIL, 1988). Não só a competência da União para legislar sobre portos, estabelecida, como se disse, na Carta de 1934, foi mantida (artigo 22, X), como se reconheceu a competência privativa da União para explorar, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização, os portos

marítimos, fluviais e lacustres (artigo 21, XII, alínea ‘f’). Os terrenos de marinha também foram reconhecidos pelo constituinte como bens da União (artigo 20, VII).

Logo após a promulgação da Constituição vigente, no início na década de 1990, teve início um período legislativo voltado para a redefinição da intervenção estatal e para a reconfiguração da máquina administrativa, em que se deu prioridade à intervenção indireta. Veja-se o inciso I do artigo 1º do Plano Nacional de Desestatização (BRASIL, 1990a), lei promulgada à época e já não mais em vigor:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

As justificativas para essa mudança de perspectiva foram, basicamente, o esgotamento do modelo de financiamento unicamente público da prestação de serviços públicos e a necessidade de repensar o modelo de Estado prestador, dando destaque à sua atividade reguladora (CLÈVE, 2008, p. 210). No setor portuário em particular, identificavam-se dificuldades tais como o baixo nível de especialização e de produtividade dos portos públicos e seus altos custos de operação (CASTRO e LAMY, 1992, p. ii).

Nesse contexto, foi extinta a PORTOBRÁS, por meio da Lei nº 8.029/90 (BRASIL, 1990b) e, pouco tempo depois, editada a Lei nº 8.630/93, conhecida à época como Lei da Modernização dos Portos (BRASIL, 1993).

A Lei nº 8.630/93 trouxe uma série de alterações ao panorama jurídico dos portos: os Órgãos de Gestão de Mão de Obra (OGMOs), que gerem os trabalhadores avulsos nos portos organizados e os Conselhos de Autoridade Portuária (CAPs), que congregam os interesses de todos os envolvidos nos portos e promovem uma administração mais descentralizada. Mesmo sofrendo de diversas deficiências, como a desconsideração de parâmetros que viriam a ser estabelecidos para as concessões de serviços públicos por meio da Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), a edição da lei antes do reconhecimento de uma função regulatória estatal específica e de pressupostos próprios e a considerável vagueza doutrinária (JUSTEN FILHO, 2006, p. 442), pode-se dizer que ela trouxe diversos benefícios à ordem jurídica e econômica do Brasil, tais quais o corte de custos, o aporte de recursos privados, o aumento da produtividade e o realce da credibilidade dos portos brasileiros para com os investidores e comerciantes estrangeiros (ARAÚJO, 2013, p. 19).

No entanto, a principal inovação da Lei nº 8.630/93, e a de especial importância para a linha argumentativa desse artigo, foi a positivação da figura dos terminais de uso privativo e a criação da figura dos terminais de uso privativo misto. O que se regula mais extensamente na lei é o funcionamento dos portos organizados, ou seja, aqueles que são diretamente explorados pela União ou por seu concessionário. Os portos de uso privativo, no entanto, não foram regulamentados da mesma forma e conseguiram ter garantida a faculdade de transportar carga de terceiros.

Contra essa assimetria regulatória, argumentando a existência de concorrência desleal e de vantagens indevidas (*cream skinning*), além de violações a preceitos constitucionais, a Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC) ajuizou a Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental nº 139. Tal descontentamento é compreensível, uma vez que os terminais privativos, ao longo de toda a vigência da Lei nº 8.630/93, movimentaram mais carga em números absolutos do que os portos organizados (PAOLIELLO, 2013, p. 41). O que se buscava alegar era que a figura dos terminais privativos de uso misto confrontava a matéria constitucional que reservou à União a exploração direta dos portos, que a referência à autorização como meio de outorga não libera os portos à atuação do mercado e que a lei vigente era nada menos que uma eliminação indireta dos portos públicos. Com o advento da Medida Provisória nº 595/2012 (BRASIL, 2012), mais tarde convertida na Lei nº 12.815/2013, a arguição, que contava com pareceres de Carlos Ari Sundfeld, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Alexandre Aragão, perdeu o objeto.

Foi editado o Decreto 6.620/2008 (BRASIL, 2008b), que regulamentava a Lei 8.630/1993, com o fim de tentar fomentar a atividade portuária. As alterações, no entanto, não foram suficientes para que se diminuíssem a lentidão, a ineficiência e os altos custos característicos da vigência do regime da Lei 8.630/93 (FARRANHA ET AL, 2015, p. 92).

A Lei nº 12.815/2013 tenta suprir algumas das deficiências supracitadas, adequando a legislação portuária ao marco regulatório do Brasil, reforçando o papel da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) como agência reguladora e impondo metas de desempenho às Companhias Docas (OLIVEIRA e FERNANDES, 2013, p. 2.230). Há quem alegue que o legislador deixa de se posicionar sobre se é preferível a continuidade da exploração direta dos portos pela União ou se a diretriz é aumentar a concessão aos particulares (VILLELA, 2013, p. 6). A mudança que salta aos olhos, contudo, é a que acaba com o critério de propriedade da carga, permitindo aos terminais privados (agora sob esse

nome, em vez de “privativos”) transportar carga própria e alheia. O critério definidor, agora, está na localização, uma vez que os Terminais de Uso Privado (TUPs), na nova lei, não podem estar localizados dentro de portos organizados.

2.4 Do estado atual da legislação portuária brasileira

O panorama atual da legislação portuária no Brasil é o seguinte, pelos parâmetros da Lei nº 12.815/13: existem os portos organizados, que são bens públicos sob jurisdição de autoridade portuária explorados diretamente pela União ou indiretamente por concessionário, este último podendo ser pessoa jurídica pública ou privada (artigo 2º, I). A autoridade portuária é determinada constitucionalmente pelo artigo 21, XII, alínea ‘f’, que impõe à União o dever de explorar os portos marítimos, fluviais e terrestres.

Dentro dos portos organizados, há instalações portuárias que podem ser exploradas diretamente, também pela União, ou indiretamente, mediante arrendamento (artigo 2º, XI). As instalações portuárias são exploradas por operadores portuários, pessoas jurídicas pré-qualificadas para exercer as funções de transporte de passageiros ou de movimentação de cargas dentro da área de um porto organizado (artigo 2º, XIII).

Aqui cabe destacar que o arrendamento em questão não é o arrendamento tradicional, conhecido vulgarmente como “locação de direito público”. Consiste, na verdade, numa subconcessão *sui generis*, vez que ao arrendatário são impostos deveres típicos do contrato de concessão, tais quais a continuidade do serviço, a prestação de serviço adequado e a modicidade das tarifas (ARAGÃO, 2007b, p. 58-62). Não se pode confundir o arrendamento portuário, portanto, com o arrendamento previsto no Código Civil (BRASIL, 2002, art. 1.143, 1.147 e outros), uma vez que há uma proximidade muito maior da concessão (FARRANHA ET AL, 2015, p. 97-8).

Há, no entanto, certas instalações portuárias que se localizam fora dos portos organizados. Podem ser estações de transbordo de carga, instalações portuárias públicas de pequeno porte, instalações portuárias de turismo e terminais de uso privado (artigo 8º, incisos I a IV). Estes últimos representam os antigos terminais privativos, objeto da ADPF nº 139 supracitada, mas com duas diferenças básicas: não podem operar dentro dos portos organizados e sua definição não mais tem a ver com a origem da carga transportada. Os terminais privativos existentes dentro de portos privados puderam continuar operando sob a nova lei, mas foram convertidos em terminais públicos arrendatários (artigos 48 e 49).

O que ocorreu, no entanto, não foi uma mera eliminação das barreiras para a atuação dos portos privados em comparação à legislação anterior, ou seja, da Lei nº 8.630/93. Pelo contrário: ao mesmo tempo em que se pôs fim aos percentuais mínimos de carga própria para os portos, criaram-se várias exigências para que a autorização pudesse ser concedida e mantida (PAOLIELLO, 2013, p. 42-3). A legislação anterior (Lei 8.630/1993) determinava o seguinte sobre os contratos de transporte de carga de terceiros, feita pelos portos privativos de uso misto:

Art. 6º (...)

(...)

§ 2º Os contratos para movimentação de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, **sem participação ou responsabilidade do poder público** (BRASIL, 1993, grifo meu).

Compare-se a postura *laissez-faire* permitida à Administração com os seguintes dispositivos da legislação atual:

Art. 8º (...)

(...)

§ 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, (...).

(...)

Art. 13. A Antaq poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização (BRASIL, 2013a).

Não é mais facultado ao autorizado operar o porto sob as normas do direito privado, sob sua conta e risco. Em verdade, ele deve prestar contas à agência reguladora e está adstrito a uma série de obrigações, tais quais investir na expansão e modernização do porto (artigo 8º, § 2º, II), prestar informações ao poder concedente, à agência reguladora e demais autoridades (artigo 5º, XIV c/c artigo 8º, § 1º) e a permitir o acesso do poder concedente e da agência reguladora (artigo 5º, XVI, c/c artigo 8º, § 1º).

É esse, portanto, o atual panorama dos portos privados na lei brasileira. Há os portos organizados, que são explorados pela União ou por seus delegatários, e os terminais de uso privado, que dependem de autorização para funcionar e podem movimentar a carga própria e de terceiros sem quaisquer embargos, ao contrário do que ocorria na legislação pretérita.

CAPÍTULO 3 – DA EXPLORAÇÃO DOS PORTOS PRIVADOS COMO SERVIÇO PÚBLICO

Nesse capítulo, será feita uma tentativa de responder à pergunta proposta no início do presente trabalho: os portos privados, na atual configuração da legislação portuária, se encaixam no conceito de serviços públicos?

Para que se chegue à resposta dessa indagação, primeiro demonstrar-se-á que a atividade portuária em geral constitui serviço público, por suas características legais e factuais. Em seguida, será feita uma comparação entre as características da exploração de portos privados e os requisitos, estabelecidos no primeiro capítulo, para que uma atividade seja considerada serviço público. E, por fim, serão considerados alguns argumentos adicionais para que a resposta à hipótese já formulada seja a de que a exploração dos portos privados consiste, sim, em serviço público.

3.1- Da determinação da atividade portuária em geral como serviço público

A Constituição vigente determina o seguinte acerca dos serviços públicos: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL. 1988). Confronte-se essa redação com a do artigo 21, XII, alínea ‘f’, ainda do texto constitucional:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Não há coincidência entre os dispositivos de delegação de serviços públicos e os instrumentos à disposição da União para explorar os serviços do artigo 21, XII. Não há, portanto, como concluir automaticamente pela inclusão dos serviços portuários no rol dos serviços públicos. Se essa lista não consta do texto constitucional nem de lei, como determinar se uma atividade é serviço público ou não?

Contudo, é precisamente na ausência de lista positivada que sobrevive a noção dos serviços públicos na presente ordem jurídico-econômica. O direito brasileiro, em verdade, “absorveu a maleabilidade do conceito de serviço público no seu caráter de essencialidade” (ARANHA, 2014, p. 49). É dizer que, ao permitir que a própria transitoriedade do conceito de

serviço público fosse “positivada” na ausência de uma tentativa de arrolamento, a ordem jurídica brasileira fez com que a noção de serviço público continuasse a ter funcionalidade.

Os serviços, no quadro atual, perdem e ganham rapidamente interesse social; tentar estabelecer esses interesses definitivamente seria “tramar contra a própria função do direito como orientador de condutas” (ARANHA, 2014, p. 49). Exemplo disso é a telefonia fixa, que já foi campo tido como essencial e, portanto, ideal para a atuação estatal e que hoje em dia perdeu grande parte de sua relevância frente à telefonia móvel.

O critério adotado para a determinação de um serviço como público, portanto, deve ser o seu “caráter concreto de essencialidade” (ARANHA, 2014, p. 49), entendido como propiciador da consecução de direitos fundamentais. Para que se examine se esse é o caso da atividade portuária, deve-se prosseguir ao exame das suas condições factuais e jurídicas.

Quanto à concessão de portos organizados, não há como argumentar contra sua essencialidade: da sua existência dependem uma série de direitos fundamentais, como a livre iniciativa, a liberdade de ir e vir, dentre outros. Além do mais, a presença estatal e o uso do regime direito público são necessários para afastar, em algum nível, a concorrência, uma vez que, como ficou estabelecido no início do segundo capítulo, os portos são monopólios naturais cuja eficiência aumenta com a exploração exaustiva de um único porto. Para os portos privados, no entanto, faz-se necessária uma análise mais acurada.

Frise-se, ademais, que, no já citado julgamento da ADIn 2.649-6/DF (BRASIL, 2008), a Ministra Cármen Lúcia, relatora do acórdão, afirmou em sua argumentação que a competência da União de explorar os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, estabelecido no art. 21, XII, e, da Constituição Federal, faz automaticamente com que a referida atividade seja serviço público. Logo, é lógico concluir que a exploração da atividade portuária, que é competência da União segundo o art. 21, XII, f da Constituição também consiste em serviço público.

3.2 – Da classificação dos portos privados na condição de serviço público

Conforme já elaborado, o conceito de serviço público adotado é a atividade de responsabilidade estatal (critério orgânico) tangente à consecução de direitos fundamentais (critério material) prestada sob regime de serviço público (critério formal), com ênfase no critério material. O que se almeja é, então, verificar se a exploração de terminais de uso privado se encaixa nas características acima descritas, bem como se a iniciativa privada, por si só, é capaz de prestar adequadamente a atividade portuária.

Quanto ao critério material, pouco há o que debater no sentido da importância dos portos. A administração da atividade portuária tem impacto direto sobre a vida de toda a população brasileira, dado o volume de mercadoria que é transportado. Não só isso, mas há também a questão da segurança nacional (não havendo fiscalização, pode ocorrer tráfico de drogas ou de animais silvestres) e do meio-ambiente. A construção de um porto tem de ser feita cuidadosamente, de modo a evitar as incontáveis possíveis complicações ambientais. Ademais, como já foi mencionado, há um limite para o número de logradouros em que se pode construir um porto sem que se prejudique não só a concorrência entre os portos como a concorrência intraporto (JUSTEN FILHO, 2006, p. 408). Resta, então, averiguar se a iniciativa privada não seria suficiente para prestar a atividade eficientemente sem qualquer interferência estatal.

Vejamos o critério orgânico: o artigo 21, XII, alínea 'f', da Constituição Federal, dá claramente à União o poder-dever de explorar, direta ou indiretamente, os portos marítimos, fluviais e lacustres. Já que isso engloba a exploração dos portos privados, fica claro que a própria Constituição atribui ao Estado a *responsabilidade* sobre o funcionamento dos portos privados.

Por fim, para o critério formal deve ser avaliado o direito positivo concernente à atividade portuária, para que se confira se a legislação específica contém elementos que permitam diferenciar essa atividade da prestação comum de atividade econômica.

Um primeiro exame torna claro que a legislação portuária estabelece ao autorizado para exploração de portos privados muito mais deveres do que se espera de um comerciante comum. Deve ele, por exemplo, receber autoridades da ANTAQ, do poder concedente e das demais entidades governamentais relativas à atividade portuária, além de prestar informações a essas mesmas autoridades (Lei nº 12.815/2013, artigo 5º, XIV e XVI). O autorizado é também obrigado a manter a atividade portuária e a realizar investimentos constantes para sua melhoria, sob pena de cassação da autorização (artigo 8º, § 2º, I e II). Difícil imaginar, por exemplo, um dono de estabelecimento não sendo autorizado a continuar vendendo em sua loja porque deixou de investir nela.

Fica claro, portanto, que a exploração de portos privados se encaixa na categoria de prestação de serviços públicos, ao se usar a concepção desse instituto que mais se adequa à época de liberalização por que passam o Estado brasileiro e o mundo como um todo.

Há outros argumentos, no entanto, para que se mantenha a essa classificação que não são diretamente relacionados ao conceito elaborado no início do trabalho e serão expostos a seguir.

3.3 Do uso da autorização como instrumento de outorga de serviços públicos e do uso de procedimento licitatório simplificado

A exploração de terminais de uso privado pode ser caracterizada como serviço público, outrossim, pelos seguintes motivos: a possibilidade de uso de autorização como instrumento de outorga de serviço público e a possibilidade da aplicação de procedimento licitatório simplificado para esse mesmo fim.

Voltando à letra da Constituição, é fácil notar que, se para os serviços públicos são mencionados apenas os institutos da permissão e da concessão, à disciplina portuária é acrescentada a figura da autorização. Convém, então, estabelecer as diferenças tradicionalmente percebidas entre a concessão, a permissão e a autorização. Frise-se, antes, que esses nomes são comuns a diversos atos e contratos administrativos; dar-se-á destaque, portanto, às acepções atinentes aos serviços públicos.

Concessão costuma ser entendida como um contrato administrativo feito com o particular em que este recebe a prerrogativa de prestar serviço público, tendo como remuneração as tarifas pagas por aqueles que fazem uso do serviço (PIETRO, 2011, p. 293).

Permissão, por sua vez, é ato unilateral e precário pelo qual se delega ao particular a execução de serviço público. Como o texto constitucional condicionou a permissão à realização de licitação, a precariedade do instituto restou dúbia: a licitação impede que o permitente cesse a prestação do serviço por iniciativa própria. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 141-2). Na Lei nº 8.987/95, a permissão é realizada por meio de contrato de adesão (BRASIL, 1995, artigo 40).

Por fim, a autorização costuma ser entendida como um ato unilateral no qual a Administração permite ao particular realizar atividade que não pode ser prestada sem esse consentimento. Trata-se, nessa concepção, de ato discricionário, ou seja, cuja outorga depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Assim, se o autorizado preencher toda uma série de requisitos pré-estabelecidos, ele não teria direito subjetivo à autorização, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no instituto da licença, que constitui em ato vinculado da Administração (CARVALHO FILHO, 2012, p. 144-5). Por outro lado, o autorizado

poderia cessar a atividade autorizada quando bem lhe aprouvesse, não sendo necessárias explicações à Administração ou sua anuência.

Nessa concepção, portanto, há duas maneiras de interpretar o artigo 21, XII, alínea ‘f’ do texto constitucional: ou toda a exploração é classificada como serviços públicos e a “autorização” constante do texto é aquela que se refere a situações extraordinárias, como, por exemplo, a autorização de funcionamento de serviço paralelo em caso de greves de servidores públicos; ou a exploração dos portos é atividade que é exercida em parte como serviço público e em parte como atividade econômica (JUSTEN FILHO, 2006, p. 422-4).

Nessa perspectiva, o fato de a autorização estar definida como meio de delegação da exploração dos portos, mas não dos serviços públicos, significa que não há uma sobreposição perfeita entre esses dois conceitos. Sendo a autorização instrumento que permite ao particular exercer atividade que só a ele interessa, é inconcebível que essa ferramenta seja usada para a delegação de serviço público. O artigo 175, além disso, prescreve a licitação, instrumento incompatível com a autorização.

No estado atual da legislação portuária, porém, essa argumentação é pouco convincente. Primeiramente porque o fato de a Constituição indicar a concessão e a permissão como instrumentos de delegação de serviços públicos não constitui vedação a outros mecanismos. A concessão, em verdade, deve ser entendida no seu sentido lato, abarcando outras possibilidades de outorga. Levar aos extremos a determinação que excluísse outros modos de delegação seria, na verdade, inexequível, uma vez que os contratos realizados entre a Administração e os particulares, se examinados autonomamente, quase sempre contêm elementos de mais de uma classificação (ARAGÃO, 2007, p. 717-9).

Demais, há precedentes, no ordenamento jurídico brasileiro, de admissão da autorização como mecanismo de outorga de serviço público. É tal o que ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 (BRASIL, 1997b). Esta particularidade foi arguida na ADIn nº 1.668-5/97 como inconstitucional. O STF, no entanto, em acórdão já discutido acima (BRASIL, 2004b), ainda que em caráter liminar, não reconheceu essa inconstitucionalidade, julgando ser possível o uso da autorização para delegar serviço público.

Além do mais, o exame da autorização que a Lei nº 12.815/2013 prevê para o funcionamento de terminais privativos mostra que dificilmente se trata de uma mera chancela da Administração a atividade do particular que só lhe diz respeito. Veja-se a redação do § 1º do artigo 8º dessa lei:

Art. 8º

(...)

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

O que se percebe é que a autorização em questão não só é determinada por contrato de adesão, à semelhança das permissões da Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), como também tem de obedecer a todas as determinações que se aplicam ao contrato de concessão de portos públicos, com exceção do valor do contrato, das tarifas praticadas e dos critérios de revisão e ajuste (estabelecidos na alínea IV do artigo 5º) e da reversão dos bens (determinada no artigo 8º).

Por fim, é ingênuo esperar que a Constituição sirva como um dicionário preciso de conceitos, apta a esgotar, aprioristicamente, o sentido de institutos jurídicos. Obviamente que não se pode simplesmente criar qualquer interpretação aleatória a partir do texto constitucional, mas este tampouco serve de instrumento para conceitos unívocos e didáticos. O aplicador do direito, portanto, dispõe de certa liberdade para determinar o sentido do texto constitucional, sobretudo quando harmônicas com a prática jurídica e com a realidade social (ARANHA, 2014, p. 54-5).

A determinação da Constituição para que as concessões de serviços públicos sejam sempre precedidas de licitação tampouco se presta para desqualificar a exploração de serviços portuários como serviço público. A Lei nº 12.815/13, em seu artigo 8º, *caput*, obriga a realização de “chamada ou anúncio público e, quando for o caso, processo seletivo público” (BRASIL, 2013a) antes que haja autorização. Embora não seja licitação regida em sua integralidade pelos dispositivos da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), é processo licitatório que tem por fim escolher o prestador de serviços mais favorável ao interesse público. Deve-se, portanto, interpretar a Constituição não de modo irracionalmente restritivo, mas sim de modo a propiciar os fins do dispositivo aplicável. No caso, este fim é concretizar o princípio da moralidade ínsito à Administração pública, e o processo licitatório simplificado o faz.

Exemplo disso na jurisprudência é a decisão monocrática expedida pela Ministra Ellen Gracie no Mandado de Segurança (MS) 28.745/DF (BRASIL, 2010), para deferir liminarmente o pedido feito pela empresa pública Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS). A Autora, no caso, objetivava pedir a suspensão dos efeitos do acórdão 2.905/2009 (BRASIL, 2009) prolatado pelo Tribunal de Contas da União, que obrigava a PETROBRAS a adotar o

procedimento estabelecido pelo art. 57 da Lei 8.666/93 (demasiado grande e complexo para ser transcrito), em vez do processo licitatório simplificado que vinha adotando e cuja existência é autorizada pelo art. 67 da Lei 9.478/1997 (BRASIL, 1997b), *verbis*: “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos ‘de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República’”.

A então relatora Ministra Ellen Gracie decidiu, ainda que em caráter liminar, que a adoção de processo licitatório simplificado não feria o princípio de moralidade da Administração Pública e deferiu a liminar suspendendo os efeitos do acórdão.

3.4 Da classificação dos serviços públicos como atividade econômica

A resistência a classificar a exploração dos portos privados como serviços públicos parte, em verdade, da suposição de uma total incongruência entre os serviços públicos e o regime de concorrência. Se num mesmo setor da economia convivem um autorizado e um concessionário, é porque parte do setor consiste em serviço público e parte em atividade econômica em sentido estrito. Não é essa, no entanto, a tese defendida no presente trabalho.

O artigo 175 da Constituição, já citado, que estabelece a existência de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro, está situado dentro do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, e dentro do Capítulo 1 – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Isso costuma ser interpretado como um meio de destacar que os serviços públicos, embora sejam uma atividade econômica em sentido lato, não o são em sentido estrito, e, portanto, não podem ser tratados como mera atividade econômica, sendo infensos à concorrência.

Outra hermenêutica possível, e que ora se defende, é que o artigo 175 deve ser interpretado de forma harmônica com o capítulo e com o título em que está inserido (SCHIRATO, 2013, p. 101-2). Note-se que o texto do artigo não contém nenhuma ressalva; mais plausível, portanto, interpretá-lo como complemento do artigo 173, que assim dispõe, em seu *caput*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL, 1988)

A prestação de serviços públicos que o artigo 175 determina, portanto, seria um desses “casos ressaltados” nos quais ao Estado seria lícito exercer atividade econômica. Embora a concorrência tenha de ser, em casos específicos, afastada da prestação de serviços públicos, não procede a alegação de que a regra seja esse afastamento. Isso porque, como já se explicitou acima, a prestação de serviços públicos não é uma prerrogativa do Estado, mas sim uma obrigação (SCHIRATO, p. 102).

Como já demonstrado exaustivamente no capítulo anterior, os serviços públicos não afastam a concorrência somente por serem de titularidade estatal. Uma vez que o objetivo da demarcação de uma atividade como serviço público é assegurar a sua prestação segundo princípios de universalidade, continuidade e modicidade nas tarifas, é na verdade vantajoso ao público que haja concorrência. A aplicação pura e simples do regime público muitas vezes resulta num engessamento da atividade, sem que exista um incentivo à melhoria da prestação de serviço.

A possibilidade da concorrência no serviço público, *in casu*, torna plausível que a atividade dos portos privados seja vista também como um serviço público, em vez de como uma atividade econômica em sentido estrito que meramente é exercida em concorrência com os serviços prestados pelos portos organizados, como se defendia na legislação passada. E essa nova interpretação facilita sobremaneira a compreensão do regime dos portos privados sob a nova legislação.

Se a exploração de portos privados fosse simples atividade econômica, não seria razoável que dependesse de contrato firmado com a Administração, mesmo o contrato sendo de adesão. A atividade econômica em sentido estrito, afinal, depende somente de licença. Menos sentido faria que fossem impingidos tantos deveres ao autorizado: na Lei nº 12.815/13, é dezesseis o número de alíneas que listam as cláusulas necessárias no contrato de adesão.

Numa atividade econômica em sentido estrito, não seria aberto processo de chamada pública quando fosse requerida autorização para prestá-la. Não seria o caso, tampouco, de obrigar o autorizado a receber autoridades da União, da agência reguladora e de autoridades diversas (artigo 5º, XVI). Nem de obrigá-la a realizar investimentos constantes no próprio bem, e de cassar a autorização caso esses investimentos não fossem feitos (artigo 8º, § 2º, II).

Assim entendimento da exploração de portos privados como serviço público torna a exegese da lei muito mais harmônica do que o seria se essa atividade fosse entendida como mera atividade econômica.

3.5 Consequências da classificação da exploração de portos privados como serviço público

A categoria dos serviços públicos não é de importância somente doutrinária. A classificação de uma atividade como serviço público traz uma série de consequências jurídicas que devem ser levadas em conta pelo aplicador da lei quando for interpretar as leis concernentes ao instituto tangido pela *publicatio*.

Isso porque, apesar da abertura à concorrência que ora se defende, o prestador de serviço público ainda está vinculado a uma série de obrigações que a sua função pressupõe. Como já foi mencionado, a característica principal e fundamento último dos serviços públicos é tornar acessíveis os direitos fundamentais. Se é essa função que serve de base à liberalização dos serviços públicos, nada mais justo que daí também advenham certos princípios, diretrizes interpretativas e obrigações para o prestador (ARAGÃO, 2007, p. 532-4).

Os princípios que mais podem influenciar a prestação dos serviços são os da universalização, da continuidade e da modicidade das tarefas. Note-se que são princípios gerais do Direito Administrativo, com o diferencial de que serem aplicados especialmente aos serviços públicos. Não pode o legislador afastar esses princípios, que são inerentes à prestação de serviço público: o que se pode fazer é criar métodos distintos de concretização desses princípios, dependendo da atividade econômica em questão (FREIRE, 2013, p. 233-8).

A universalização, por exemplo, é considerada traço distintivo dos serviços públicos; mesmo quem critica o conceito reconhece que o dever de universalização não deve ser excluído ou mesmo relativizado (SCHIRATO, 2013, p. 205). É difícil, no entanto, imaginar a aplicação dessa característica específica dos serviços públicos à exploração de portos privados, ao menos em seu sentido de ampliação geográfica. Não haveria como o poder concedente forçar o autorizado a começar a exploração de atividade portuária em determinado lugar; se isso viesse a ser interessante para a Administração, afinal, faria mais sentido que se criasse um porto organizado.

Pode-se pensar, no entanto, em outro sentido para a universalização: a abertura a todo usuário que satisfizer as condições de satisfação do serviço público (FREIRE, 2013, p. 236). Nesse sentido, não há restrição à aplicação desse princípio à exploração de portos privados. Embora a Lei nº 12.815/2013 nada disponha a respeito, o regime de serviço público poderia ser invocado no caso de um porto privado se negar injustificadamente a prestar serviço a um usuário.

A modicidade tarifária também advém da importância dos serviços definidos como públicos; se o serviço disponibilizado é importante a ponto de ser entendido como acesso a direito fundamental, consequência lógica disso é que deve lhe ser assegurado amplo acesso pela sociedade. É decorrência do princípio da universalização (SCHIRATO, 2013, p. 219). No que diz respeito à exploração dos portos privados, a política tarifária é determinada livremente pelo autorizado, sendo um dos poucos termos que não constam do contrato de adesão (BRASIL, 2013a, art. 8º, § 1º). Isso não quer dizer, contudo, que a modicidade não seja implementada. Se um porto privado aumentar desproporcionalmente suas tarifas, verá seu fluxo diminuir rapidamente, tendo em vista a concorrência fomentada pelo novo regime legal. A modicidade das tarifas, portanto, é assegurada ao se estimular a competição entre portos.

Por fim, a continuidade é princípio ínsito à prestação de serviços públicos, decorrente também do princípio da universalização. Como o que se almeja é permitir o acesso de toda a população ao serviço público, seria pouco condizente com esse objetivo que o prestador pudesse, a seu alvitre, deixar de executá-lo (SCHIRATO, 2013, p. 212-5). Com a implementação do regime concorrencial de serviços públicos, o que se faz em verdade é estimular a continuidade, uma vez que a concorrência torna obrigatória a manutenção do serviço, para o explorador da atividade, sob pena de este ser preterido pelo mercado.

Contudo, a continuidade é *estimulada* pela concorrência, e não garantida. No caso da exploração de portos privados, há a garantia obtida pelo condicionamento da manutenção da autorização à conservação do serviço:

Art. 8º:

(...)

§ 2o A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e (BRASIL, 2013a).

Pode-se pensar também na hipótese de um usuário, se sentindo lesado pela interrupção na prestação dos serviços, acionar judicialmente o Estado. Nesse caso, a argumentação que usasse os princípios do serviço público teria grande peso.

A definição de uma atividade como serviço público também cria uma série de direitos aos usuários. Esses direitos, como se percebe, têm íntima ligação com os princípios acima elencados. Importante ressaltar, contudo, que os serviços públicos não constituem por si sós direitos fundamentais, mas são instrumentos de acesso a direitos fundamentais autonomamente considerados (ARAGÃO, 2007, p. 522-3).

Um desses direitos é o direito à melhoria das condições de prestação de serviço. Como o serviço público constitui em meio de acesso aos direitos fundamentais, é inadmissível que seja prestado de forma inconsistente e obsoleta. Contudo, por ter baixa densidade normativa, esse princípio costuma ser restrito ao momento dos editais ou anúncios públicos de outorga dos serviços (ARAGÃO, 2007, p. 540-1).

Na exploração de terminais privados, contudo, esse princípio é concretizado pela determinação do inciso II do § 2º do artigo 8º da Lei nº 12.815/2013, que impõe ao autorizado como condição para manutenção da autorização que ele “promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento” (BRASIL, 2013a, art. 8º, §2º, II).

Existe também o direito à manutenção das condições de prestação: se houve uma melhora na execução dos serviços públicos, uma regressão ou piora dessas condições representaria um dano significativo aos usuários. Há de ser usar cautela, contudo, na aplicação desse princípio, já que pequenas flutuações na prestação do serviço podem ocorrer de acordo com as contingências econômicas. Deve-se também descontar a ocorrência de casos de força maior (ARAGÃO, 2007, p. 542-3).

Deve-se ressaltar, contudo, que, no caso da exploração de portos privados, ações judiciais promovidas pelos usuários, no caso de direitos não previstos expressamente em lei (no sentido amplo, podendo abarcar portarias e decretos), devem ter como polo passivo o Estado, e não o prestador privado de serviço. A justificativa para isso é que o Estado que funciona como garante; ao prestador privado pode se exigir tão-somente que cumpra as obrigações que a lei lhe reserva. Impor obrigações implícitas ao explorador de terminais de uso privado seria atentar contra o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente previsto no contrato (ARAGÃO, 2007, p. 547-9).

Dentre as consequências jurídicas, porém, uma que não se deve esperar é a imunidade tributária dos exploradores de terminais de uso privado. A jurisprudência recente sobre a imunidade de prestadores de serviço público, o Recurso Extraordinário (RE) 601.392/PR (BRASIL, 2013b), tratou da imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). O que a ECT pretendia era que a imunidade tributária a que tem direito por ser empresa pública prestadora de serviços públicos fosse aplicada não somente às atividades relativas à prestação de serviço público, mas também às atividades suplementares como protestos de títulos e sustação de protestos. Tal imunidade, frise-se, é baseada na imunidade recíproca entre os entes administrativos estabelecida pelo art. 150, VI, a, da

Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em votação de placar apertado (6x5), foi decidido que a imunidade devia ser aplicada à empresa por ser um caso particularíssimo, em que todas as seguintes condições se combinavam: a) a ECT ser empresa pública e, portanto, *longa manus* da Administração; b) ser prestadora de serviços públicos; c) as atividades diversas servirem como meio de custear a prestação dos serviços públicos. Como a exploração de terminais de uso privado não atende a esses requisitos cumulativamente, pode-se afirmar que, nos termos da jurisprudência atual, ela não seria imune à tributação.

CONCLUSÃO

Malgrado seja a exploração de terminais de uso privado atividade prestada por particulares e outorgada por meio de autorização, não há como duvidar de que ela se encaixa na categoria de serviços públicos. É impossível preservar o conceito de serviço público sem adaptá-lo ao atual contexto socioeconômico e às tendências legislativas não só do Brasil como do mundo. Como o texto constitucional obriga o jurista ao uso do conceito para que seja promovida a prestação de atividade de interesse geral, não há como prescindir dele. Deve-se, no entanto, interpretá-lo de modo a não engessar a atividade econômica e, conseqüentemente, a alijar a população do acesso aos direitos fundamentais que estariam garantidos de outra forma.

Os serviços públicos devem ser entendidos não como atividades de titularidade estatal e que devem ser necessariamente prestadas sob regime de direito público, mas sim como atividades cuja prestação é incumbida ao Estado, num regime de serviço público variável conforme a atividade econômica e cuja prestação seja aberta aos particulares. Tais serviços, ademais, devem ser compreendidos não como uma exceção aos princípios da atividade econômica; devem, pelo contrário, obedecer os princípios dispostos no art. 170 da Constituição até onde for possível coaduná-los com o interesse público.

Embora possa ser argumentado que um ente privado prestando serviço público atentaria mais ao lucro que ao interesse comum, fato é que não há outro modo economicamente viável de prestação. O caixa do Estado simplesmente não é suficiente para prover universalmente serviços de qualidade, eficientes e tecnologicamente atuais. Fora que os efeitos benéficos da concorrência, em matéria de proporcionar maior eficiência e qualidade, são inegáveis. Já foi mencionado o exemplo das telecomunicações, cuja prestação, ao ser aberta para a iniciativa privada, tornou-se muito mais eficiente e universalizada.

A liberalização da prestação do serviço público, como foi demonstrado, é tendência já consumada na legislação e na jurisprudência. Deve-se, portanto, compreender essa tendência e harmonizá-la com os paradigmas constitucionais, em vez de a negar e abominar.

Tal conceito de serviço público é também o mais adequado à legislação positiva portuária. Ao se confrontar o regime da Lei 12.815/2013 com os requisitos teóricos para a configuração de serviço público em regime de concorrência, a adequação é patente. Os portos, além de se prestarem à consecução de direitos fundamentais e obedecerem a regime público,

são do tipo de atividade econômica que requer, por sua natureza, algum grau de intervenção estatal.

A própria evolução histórica da legislação portuária também se encaixa no paradigma histórico de liberalização dos serviços públicos: o legislador, oportunamente, optou por retirar as amarras que antes continham os terminais de uso privado ao mesmo tempo em que deu aos autorizados para exploração de portos privados mais responsabilidades e deveres. Cabe lembrar que os portos privativos da Lei 8.630/1993, mesmo com as restrições de carga, ainda assim foram os responsáveis pela maior parte da movimentação de mercadorias, em números absolutos, do que os portos organizados (PAOLIELLO, 2013, p. 41).

O legislador, assim, em vez de tentar evitar que os terminais mais rentáveis (os privativos) pudessem operar, permitiu sua operação ao mesmo tempo em que lhes impôs uma série de incumbências que os tornaram passíveis de controle pela Administração, quase tanto quanto os portos organizados. Preservou-se ao mesmo tempo a liberdade de iniciativa (não se controla a política tarifária) ao mesmo tempo em que se possibilitou uma maior convergência com os planos do Poder Público (com todas as disposições do artigo 5º da Lei nº 12.815/2013).

É perceptível, ademais, que a aplicação do procedimento licitatório simplificado e o uso da autorização como meio de outorga, por si sós, não fazem com que a exploração de portos privados seja automaticamente classificada como prestação de atividade econômica. A Constituição, como já se afirmou acima, tem de ser vista não como um manual de conceitos, mas como um documento aberto a múltiplas interpretações que podem mudar com o tempo e que, se consentâneas com o restante do texto constitucional e do ordenamento jurídico, podem ser adotadas pelos operadores do direito. A concepção da exploração de portos privados como serviço público mostra-se condizente com a atual realidade jurídico-econômica e, portanto, está dentro desse quadro de interpretações possíveis.

A exploração de terminais de uso privado, portanto, deve ser compreendida como de responsabilidade estatal, estando seus usuários resguardados pelas proteções típicas de serviços públicos. O direito à melhoria das condições, à manutenção da qualidade de prestação, a universalização, a modicidade das tarifas e a continuidade devem ser garantidos pelo Poder Público e podem, em casos extremos, ser requeridos judicialmente pelos usuários.

Vê-se, assim, que apesar de o conceito de serviços públicos aparentemente não se aplicar à atual categoria de terminais de uso privado, uma vez que o mecanismo usado é a autorização e os bens não reverterem automaticamente ao poder concedente, como de uso, a verdade é que há um descompasso entre a legislação e a doutrina. Como o conceito de serviços públicos não foi positivado, e, aliás, convém que não o seja, tal conceito é tratado, muitas vezes, de modo pouco condizente com as práticas legislativas posteriores ao Estado social prestador e paternalista.

A legislação portuária, por outro lado, impulsionada pela práxis internacional por que é constantemente influenciada e pelas forças econômicas, não teve como se ater aos costumes. Forçosamente evoluiu, de modo que é preciso reinterpretar os conceitos que se lhe aplicavam anteriormente, para que se possa obter uma análise jurídica interessante, realista e pertinente.

Ressalte-se, por fim, que a presente pesquisa tangenciou temas que, por exigirem um tratamento aprofundado, e pela restrição do objeto estabelecido, não puderam ser abordados com todo o vagar que mereciam. Não se subestima, no entanto, sua relevância para a exploração portuária e mesmo para o Direito Administrativo de modo geral. Cabe destacar ao menos dois deles: o papel da autorização e a divisão entre o serviço público e atividade econômica, ambos questionamentos advindos da liberalização do serviço público.

Por ser mais dinâmica, a autorização tem ganhado destaque como meio de outorga dos serviços públicos. Não se pode considerá-la um meio inconstitucional somente pela redação do artigo 175 da Constituição Federal: a “concessão” prevista no texto pode ser interpretada em seu sentido amplo, englobando assim os diversos modos de delegação da prestação dos serviços públicos pelo Estado (ARAGÃO, 2007, p. 720).

A própria divisão entre concessão e autorização turva-se no caso concreto, uma vez que a abundância de cláusulas impostas unilateralmente pela Administração faz com que todos os contratos pareçam ser de adesão. Necessário, portanto, no contexto da liberalização da prestação de serviços públicos e da Administração consensual, investigar as características e possibilidades desse instrumento que vem ganhando relevância e uso no cenário jurídico brasileiro.

Traçar a linha que divide as atividades econômicas reguladas, de um lado, e a prestação de serviços públicos, de outro, é tarefa que exigiria grande envergadura intelectual. Em tempos que a própria distinção entre esferas pública e privada é alvo de discussão (FREIRE, 2013, p. 29) e em que se advoga até mesmo o fim dos serviços públicos enquanto

instituição (ARAGÃO, 2007, p. 246), elaborar uma teoria a respeito exigiria uma abordagem interdisciplinar e rigorosa, que ultrapassaria em muito o objeto e a hipótese deste trabalho. Embora o assunto não tenha sido tocado, uma vez que mesmo um juízo sobre a persistência ou não da oposição público-privado exigiria um capítulo à parte, pode-se perceber que toda a pesquisa é permeada pelo embate público/privado. Reconhece-se, assim, a sua importância primordial para o futuro dos estudos do Direito Administrativo e da Economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Parecer acerca da constitucionalidade dos portos privativos. Parecer consultivo de 29 de setembro de 2007. In.: *Regulação Portuária – Pareceres Jurídicos e Econômicos; Terminais de Uso Público e de Uso Privativo – Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº 139*. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 2ª ed., Londres: Laccademia Publishing, 2014

ARAÚJO, Francisco Alberto Castelo Branco. *Sistema Portuário Brasileiro: Evolução e Desafios*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Especialista em Engenharia e Gestão portuária. Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estudos-e-pesquisas/tcc/francisco-humberto-castelo-branco-araujo.pdf>.

ARISTÓTELES. *La Política*, trad. de Pedro Simón Abril. Madrid: Nuestra Raza, 1910?. Digitalizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla. Disponível em: http://fama.us.es/search*spl/c?SEARCH=b+091965.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. São Paulo: Renovar, 2006. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Gustavo-Binenbojm-Uma-teoria-do-direito-administrativo.pdf.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. In.: *Revista de Direito Administrativo (FGV)*, Vol. 7, 1947, p. 33-51.

BRASIL, 1852. *Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852*. Autorisa o Governo para conceder a hum ou mais companhias a construção total ou parcial de hum caminho de ferro que, partindo do Município da Côrte, vá terminar nos pontos das Províncias de Minas Geraes e S. Paulo, que mais convenientes forem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL641.htm.

_____, 1869. *Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869*. Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dósas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1746.htmimpressao.htm.

_____, 1888. *Decreto nº 9.979, de 12 de julho de 1888*. Autorisa o contracto com José Pinto de Oliveira e outros para as obras de melhoramentos do porto de Santos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9979-12-julho-1888-542680-publicacaooriginal-51939-pe.html>.

_____, 1934a. *Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934*. Define os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados, uniformiza as taxas portuarias, quanto á sua espécie, incidência e denominação, e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-publicacaooriginal-1-pe.html>.

_____, 1934b. *Decreto n° 24.447, de 22 de junho de 1934*. Define, nos portos organizados, as atribuições conferidas a diferentes Ministérios, pelo art. 1° do decreto n. 20.829, de 21 de dezembro de 1931, retificado pelo decreto número 20.981, de 20 de janeiro de 1932, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24447impressao.htm.

_____, 1934c. *Decreto n° 24.511, de 29 de junho de 1934*. Regula a utilização das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24511-29-junho-1934-498406-publicacaooriginal-1-pe.html>.

_____, 1934d. *Decreto n° 24.599, de 3° de julho de 1934*. Autoriza a concessão de obras e melhoramentos dos portos nacionais, seu aparelhamento e a exploração do respectivo tráfego. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599impressao.htm.

_____, 1944. *Decreto-Lei n° 6.460, de 2° de maio de 1944*. Regula a construção e a exploração de instalações portuárias rudimentares. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del6460impressao.htm.

_____, 1966. *Decreto-Lei n° 5, de 4° de abril de 1966*. Estabelece normas para a recuperação econômica das atividades da Marinha-Mercante, dos Portos Nacionais e da Rêde Ferroviária Federal S.A. e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0005-66.htmimpressao.htm.

_____, 1969a. *Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.

_____, 1969b. *Decreto-Lei n° 561, de 30 de abril de 1969*. Acrescenta um parágrafo, sob o n° 5 ao art. 26 do Decreto-Lei n° 5 de 4 de Abril de 1966. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-561-30-abril-1969-376791-publicacaooriginal-1-pe.html>.

_____, 1975. *Lei n° 6.222, de 10 de julho de 1975*. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa de Portos do Brasil S.A. PORTOBRÁS, dispõe sobre a extinção do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis - DNPNV e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6222.htm.

_____, 1990a. *Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990*. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031impressao.htm.

_____, 1990b. *Lei n° 8.029, de 12 de abril de 1990*. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8029compilada.htm.

_____, 1990c. *Decreto n° 99.244, de 10 de maio de 1990*. Dispõe sobre a organização e funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99244.htm.

_____, 1990d. *Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

_____, 1993. *Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm.
htmimpressao.htm.

_____, 1994. *Lei n° 8.899, de 29 de junho de 1994*. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18899.htm.

_____, 1995. *Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm.

_____, 1997a. *Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n° 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm.

_____, 1997b. *Lei n° 9.478, de 6° de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm

_____, 2000. Superior Tribunal de Justiça. REsp 223.778/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Primeira Turma, julgado em 07/12/1999, DJ 13/03/2000, p. 143. Disponível em www.stj.jus.br.

_____, 2002. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

_____, 2004a. *Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm.

_____, 2004b. Supremo Tribunal Federal. ADIn-MC 1.668-5/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe de 16/04/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

_____, 2005. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Resolução n° 517, de 18 de outubro de 2005*. Aprova a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/publicacao/PublicacoesAntigas/Resolucao517.pdf>.

_____, 2008a. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.649-6/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministra Carmen Lúcia. Publicado no DJe em 17/10/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

_____, 2008b. *Decreto n° 6.620, de 29 de outubro de 2008*. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htmhtmimpressao.htm.

_____, 2009. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.905/2009. Rel.: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 2°/12/2009. Disponível em:

http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/atas/repositorio_atas/ATA_51_PL_de_02-12-2009.pdf

_____, 2010. Supremo Tribunal Federal. Decisão Interlocutória Liminar no MS 28.745. Rel.: Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJe em 13/05/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

_____, 2012. *Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595impressao.htm.

_____, 2013a. *Lei nº 12.815, de 5º de junho de 2013*. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nos 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm.

_____, 2013b. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 601.392/PR. Rel.: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJe em 28/02/2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

_____, 2015. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 734.217/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 01º/12/2015, DJe 11/12/2015.

_____, 2016. Secretaria de Portos. *Portos do Brasil movimentam 98,6% das exportações em 2015*. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/portos-do-brasil-movimentam-98-6-das-exportacoes-em-2015>. Publicado em 13 jan. 2016 Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL, Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

_____, Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

_____, Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.

_____. Constituição (1934e). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, N. e P. LAMY. *A desregulamentação do setor transportes: o caso do subsector portuário. Texto para Discussão n. 284*. IPEA/DIPE: Rio de Janeiro, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer acerca da constitucionalidade dos portos privativos. Parecer consultivo de abril de 2008. In.: *Regulação Portuária – Pareceres Jurídicos e Econômicos; Terminais de Uso Público e de Uso Privativo – Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº 139*. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

DALLARI BUCCI, M. P.. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel; Deuxième Édition en Quatre Volumes; Tome Deuxième: La Théorie Générale de L'État*. Paris: Ancienne Librairie Fointemoigne & Cie, 1923. Digitalizado pela Universidade de Ottawa. Disponível em: <https://archive.org/details/traitededroitco02dugu>.

FARRANHA ET AL, 2015. Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. In.: *Revista Direito GV*, São Paulo ,11(1) p. 89-116, jan./jun. 2015.

FRANÇA. *Tribunal des conflits*, nº 00012, de 8º de fevereiro de 1873. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte>.

FREIRE André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção de título de doutor em Direito do Estado. Pontifícia Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-05-28T04:53:07Z-13628/Publico/Andre%20Luiz%20Freire.pdf.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In.: *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007.

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif, Quatrième Édition*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales de Derecho Administrativo, Segunda Edición Traducida y Revisada por Carlos Garcia Oviedo*. Madrid: Editora Reus, 1928. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=443>.

JUSTEN FILHO, Marçal. 2006. Parecer acerca da constitucionalidade dos portos privativos. Parecer consultivo de agosto de 2006. In.: *Regulação Portuária – Pareceres Jurídicos e Econômicos; Terminais de Uso Público e de Uso Privativo – Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº 139*. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. jul./set. 1992, p. 100-13.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; e FERNANDES Brenda Camilli Alves. A nova lei dos portos: uma busca por capacidade e eficiência no comércio exterior brasileiro. In.: *Anais do II Congresso de Iniciação Científica do IFRN*, p. 2.223 -32, 2013. Disponível em: <http://www2.ifrn.edu.br/ocs/index.php/congic/ix/paper/viewFile/1098/46>.

PAOLIELLO, Eduarda Reuter. Análise dos aspectos concorrenciais no âmbito da lei 12.815/2013. In.: *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993.

QUINALIA, C. L. Regimes Público e Privado no Setor de Telecomunicações: análise de uma diferença e de uma semelhança. In.: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 73-116, maio 2015.

RAMOS, Felipe de Farias. *O institucionalismo de Santi Romano: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado Stricto Sensu, área de concentração Teoria, Filosofia e História do Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/95677>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese de doutorado em Direito do Estado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor de Direito. Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/pt-br.php>.

VILLELA Thaís Maria de Andrade. *Estrutura para exploração de portos com autoridades portuárias privadas*. Tese submetida ao Departamento de Engenharia Civil e Ambiental da Faculdade de Tecnologia da Universidade de Brasília como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Doutor em Transportes. Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/15457?mode=full>.

WALVIS, Célia Mariza de Oliveira. *A prevalência do Código de Defesa do Consumidor na proteção do usuário de serviço público*. Dissertação apresentada na Pontifícia Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Pontifícia Universidade de São Paulo, 2010.